

**RAFAEL CUNHA COVACEVICK SILVA**

**A LEGITIMIDADE ATIVA DO CREDOR PARA O PEDIDO DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do  
curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário  
de Brasília.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette

**Brasília**

**2009**

Para meus pais, meu irmão e Nathalia.

Meus agradecimentos ao Prof. Marlon Tomazette.

## RESUMO

O presente estudo consiste em uma abordagem da Lei 11.101/05, conhecida como Lei de Recuperação Empresarial, no tocante a legitimidade para o pedido que desencadeia todo o processo de recuperação. A Lei 11.101/05 conferiu esta oportunidade ao empresário devedor, e, em sua ausência, ao seu cônjuge, herdeiros, inventariante do espólio e ao sócio remanescente. Sendo assim, o credor é parte ilegítima para propor tal procedimento, mesmo sendo um dos maiores interessados no êxito da recuperação empresarial. Tal exclusão causa estranheza, uma vez que a Lei de Recuperação Empresarial foi editada embasando-se na Teoria da Empresa, que reconhece a esta atividade uma função social. Assim, sua preservação passa a ser objeto de interesse não mais apenas dos envolvidos na relação creditícia, mas também da sociedade que a cerca. Desta forma, excluído do rol de legitimados e deparando-se com omissão do devedor, resta ao credor somente o pedido de falência, ferindo, portanto, o princípio finalístico da nova Lei, suprimido em seu artigo 47.

**Palavras-chave:** Direito Comercial. Recuperação Judicial. Legitimidade ativa. Função social da atividade empresarial. Princípio da Preservação da empresa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 Evolução histórica do Direito Concursal brasileiro .....</b>	<b>10</b>
1.1 Evolução do processo de recuperação empresarial no Brasil .....	10
1.2 A concordata no Decreto-Lei 7.661/45 .....	15
1.2.1 A concordata preventiva .....	21
1.2.2 A concordata suspensiva .....	27
1.2.3 Natureza Jurídica da Concordata .....	30
1.3 Problemas do Decreto-Lei 7.661/45 .....	33
<b>2 O processo de recuperação judicial .....</b>	<b>42</b>
2.1 Recuperação Empresarial (Lei 11.101/05) .....	42
2.1.1 Recuperação extrajudicial .....	43
2.1.2 Recuperação Judicial .....	45
2.1.2.1 Natureza Jurídica .....	49
2.1.2.2 Princípios .....	50
2.1.2.3 Objetivos .....	52
2.1.2.4 O Pedido Inicial .....	55
2.2 Críticas à LRF (Lei 11.101/05) .....	56
<b>3 A legitimidade ativa do credor na recuperação judicial.....</b>	<b>63</b>
3.1 A função Social da Empresa (A teoria da Empresa) .....	63
3.2 Legitimados para o Pedido .....	65
3.3 A legitimidade ativa do credor para o pedido de recuperação judicial .....	66
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

A análise da evolução do procedimento de recuperação empresarial brasileiro aponta para um sistema marcado, principalmente, pela alteração de paradigmas visando o constante aperfeiçoamento de seus métodos. Tal conclusão se dá a partir de breve análise comparativa entre a história do crédito e a recuperação empresarial de uma forma global, partindo de um ponto da antiguidade no qual o próprio corpo do devedor garantia a dívida adquirida até a atual conjuntura do sistema recuperatório.

No início da história do crédito, a idéia de recuperação nem sequer pairava sobre a esfera das possibilidades para aqueles envolvidos na relação creditícia. Portanto, nesta época, diante de uma dívida não cumprida, cabia ao credor executá-la sobre o corpo do seu responsável, seja na forma de trabalho forçado, sob a forma de tortura e, até mesmo, de morte do devedor.

Posteriormente, a garantia passou a recair sobre o patrimônio conferindo-se maior segurança jurídica efetiva para ambas as partes envolvidas na relação. No entanto, mesmo havendo formas patrimoniais concretas de se garantir o cumprimento das obrigações, este era inalcançável caso o devedor não possuísse bens suficientes para quitá-los, carecendo o sistema de um instrumento capaz de sanar o problema através de uma solução viável para todos os interesses da relação.

Foi neste contexto que se iniciou a busca por um mecanismo de recuperação empresarial eficaz, portador da capacidade de evitar a insatisfação do credor, diante da incapacidade fática de o devedor cumprir suas obrigações por meio de suas próprias forças. Assim, basicamente, buscava-se num primeiro momento uma forma de atender principalmente ao interesse do credor na relação.

No Brasil, o divisor de águas deste procedimento ocorreu quando, no tocante a busca por um procedimento capaz de atingir a satisfação do interesse do credor, inseriu-se outro interesse de mesma, ou maior, magnitude. Por meio da Lei 11.101/05 reconheceu-se o interesse supremo da coletividade na manutenção da atividade empresarial em pleno funcionamento. Assim, a relação não estaria mais restrita apenas aos dois pólos inaugurais, mas envolvendo também o da sociedade que os cerca, devendo, portanto, haver uma otimização efetivada deste procedimento afim de não ferir o interesse primordial de âmbito social nela contido.

A Lei 11.101/05 é responsável por importante passo nessa evolução estrutural visto que conferiu nova ótica principiológica ao direito concursal brasileiro. Tamanho destaque ocorre graças ao reconhecimento da atividade empresarial não apenas como fonte produtora de riquezas para o empresário, mas como organismo fundamental para a sociedade na qual encontra-se instalada. Esta é a idéia trazida pelo princípio da preservação da atividade empresária em razão de sua função social, cuja finalidade resta-se demonstrada no art. 47 da referida lei e que impregnou todo o sistema empresarial moderno.

Esta nova concepção conferida ao Direito Concursal brasileiro a partir de 2005 substituiu o antigo procedimento de concessão de concordatas, próprio do ordenamento

anterior (Decreto-Lei 7.661/45). Tal procedimento era marcado pela idéia de favor legal dado ao empresário devedor para pagar suas obrigações sem a necessidade do procedimento falimentar. Por outro lado, a nova ordem recuperatória confere ao devedor, por meio de uma ação própria, a chance de cumprir suas obrigações e se recuperar economicamente.

O instituto da recuperação judicial, portanto, confere ao empresário a chance de, sobretudo, cumprir sua função social já que, ao passo que satisfaz todos os credores, o empresário devedor mantém sua atividade em plena produção. Desta forma, inegáveis são os benefícios trazidos por tal instituto.

No entanto, como forma de otimizar sua capacidade, seria razoável que mais pessoas tivessem o poder de provocá-lo. A legislação hoje confere a legitimidade para o início do processo de recuperação judicial apenas ao devedor propriamente dito, e as pessoas taxativamente previstas no rol do parágrafo único do art. 48. O credor não é citado neste rol. Desta forma tal restrição não limita apenas o pedido inicial de processamento, mas toda a estrutura finalística trazida pelo novo ordenamento. Sendo assim, tal imposição é responsável por flagrante contradição no texto legal.

Assim, como em qualquer processo evolutivo, posto que tenha dado importante passo, a recuperação empresarial ainda não atingiu a sua perfeição. A problemática trazida pelo presente estudo aponta nada mais que um possível, e natural, próximo grau desta evolução. O credor é parte tão interessada no sucesso da recuperação quanto o próprio devedor estando, portanto, o seu interesse aliado ao da coletividade, ressalvando-se as peculiaridades de cada um destes. Sendo assim, a ação do credor é, na verdade, representativa de todo o interesse coletivo implícito neste processo.



O que se pretende, portanto, é demonstrar ser o credor legítimo para propor a recuperação de seu devedor e não sua falência de imediato. Assim, o procedimento, como um todo, estaria plenamente de acordo com o princípio que norteia o instituto da Recuperação Judicial. Isto porque, ao buscar o interesse do credor, a satisfação das obrigações, por mecanismo próprio e adequado, atingi-se também o interesse coletivo, ainda que estes sejam aparentemente desconexos.

O presente estudo está dividido em três capítulos, sendo o primeiro destinado a demonstrar a evolução histórica da preservação empresarial no Direito Concursal brasileiro, o segundo responsável por tratar da recuperação judicial propriamente dita e, finalmente, o terceiro com a finalidade de demonstrar os elementos benéficos desta extensão. A presente pesquisa tem caráter multidisciplinar, envolvendo aspectos do Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Direito Civil, que se desenvolve através do método da pesquisa teórica e cujo procedimento será o da análise de conteúdo.

A vertente teórico-metodológica aplicada é a jurídico-dogmática, pois foram desenvolvidas análises sobre a aplicação de normas do Direito Empresarial sob um ângulo mais abrangente, ou seja, a partir de relações normativas entre campos de conhecimento do Direito. Seu desdobramento ocorre por meio de investigação jurídico-descritiva cujo objeto é o próprio ordenamento jurídico, sendo as fontes principais a legislação e a doutrina.

## **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO**

### **1.1 Evolução do processo de recuperação empresarial no Brasil**

A história da recuperação de empresas em crise no Direito Concursal Brasileiro é muito antiga, remetendo ao Código Comercial de 1850 – Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Nesta primeira codificação, que teve como principal influência o Direito Português, o Direito Francês e o Direito Espanhol, o instituto da Falência era tratado sob o título “Das Quebras” e, para que fosse concedida a concordata, se exigia que o falido não tivesse agido com fraude ou com culpa, requisito este que fora abandonado pelas legislações seguintes.<sup>1</sup>

Neste primeiro momento, havia previsão apenas da concordata como forma de recuperação do empresário devedor em sua espécie suspensiva, ou seja, capaz de suspender os efeitos de uma falência já declarada. Para tanto, um número mínimo de credores, na proporção de 2/3 do valor da dívida que seria objeto da concordata, poderiam concedê-la nesta forma suspensiva. Não fosse este instrumento, diante da inadimplência do devedor, os credores poderiam optar pelo pedido de falência do empresário inadimplente, afinal, para se

---

<sup>1</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 319.

caracterizar a insolvência, de acordo com aquele ordenamento, bastava haver a cessação do pagamento.<sup>2</sup>

De fato, a concordata na sua forma preventiva só viria a surgir em ordenamentos futuros, mais precisamente em 1890, com o advento do Dec. nº 917, no entanto, o Código Comercial possuía, além da concordata suspensiva, um instituto cuja finalidade era muito semelhante à da concordata preventiva, denominado Moratória. Este instituto previa a possibilidade de se evitar uma iminente falência por meio de um acordo prévio entre os envolvidos na relação, quais sejam, o devedor e seus credores. Para tanto os credores acordantes deveriam compor a proporção de 2/3 da totalidade da dívida e o acordo deveria ser celebrado em juízo, não podendo estender-se por mais de 05 anos.<sup>3</sup>

O art. 898 do antigo Código Comercial de 1850 previa que só poderia obter moratória “o comerciante que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações procede de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior, e que ao mesmo tempo verificar por balanço exato e documento que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera”.

O instituto original da falência imputava ao devedor em crise um procedimento extremamente truncado que, em uma primeira análise, passa a impressão de uma tentativa de se priorizar o crédito, deixando de lado a sociedade empresária e sua função exercida na sociedade. Sendo assim, os institutos da concordata e da moratória eram ineficientes diante da forma como a falência se desenvolvia naquela época.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 10.

<sup>3</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências: decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 319.

<sup>4</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 9.

A recuperação da empresa em crise demanda um procedimento célere e objetivo. No entanto, na forma como estava previsto no Código Comercial de 1850, o procedimento de quebra era muito dispendioso e lento, como bem ressaltou Ruben Ramalho em sua obra a respeito do tema:

A quebra, sob o regime da codificação, foi muito combatida, principalmente porque era considerado um processo lento e dispendioso, enfatizando o aspecto criminal em primeiro plano e só secundariamente voltado para a liquidação, realização e solução do passivo, do devedor, do insolvente.<sup>5</sup>

Sendo assim, se o procedimento de quebra, que deveria simplificar a liquidação, era lento em um momento histórico no qual se priorizava o crédito e a punição para o devedor, deixando o reconhecimento do papel desenvolvido pela atividade empresária na sociedade em segundo plano, era natural que o procedimento que visasse a recuperação da empresa fosse, de certa forma, ineficaz.<sup>6</sup>

Assim, ao credor, diante do inadimplemento obrigacional do empresário devedor, havia três caminhos disponíveis para o recebimento do crédito, dos quais, todos eram de resultado incerto. Afinal, como citado anteriormente, naquela época priorizava-se a punição do devedor, ou seja, “dava-se maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência do que à liquidação da massa propriamente dita”<sup>7</sup>, em detrimento aos direitos econômicos dos credores e devedores. O primeiro destes caminhos era a falência propriamente dita, o segundo era a concordata suspensiva e o terceiro, a moratória.

---

<sup>5</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 9.

<sup>6</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 10-11.

<sup>7</sup> TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 37.

No entanto, algumas regras previstas pelo Código Comercial de 1850 merecem destaque pela sua efetividade. Exemplo disto é o fato de terem sido abarcadas pelas legislações seguintes, inclusive pelo Decreto-Lei 7.661/45, que teve sua vigência até meados de 2005<sup>8</sup>. Trajano de Miranda Valverde destaca algumas destas regras:

a) Não pode haver concordata quando o falido agiu com culpa ou fraude. b) para a validade da concordata é necessário que a proposta tenha sido apoiada por determinada maioria de credores e de créditos. c) é reconhecido aos dissidentes o direito de se oporem à homologação da concordata. d) a sua eficácia em relação a todos os interessados depende de sentença homologatória do juiz. e) com a homologação forma-se a concordata, que se torna obrigatória para todos os credores, salvo os privilegiados e os que têm garantia real. f) a concordata pode ser rescindida em determinados casos.<sup>9</sup>

Posteriormente, em 1882, o decreto legislativo nº 3.065 permitiu a celebração da chamada Concordata por Abandono, que “consistia na entrega de todos os bens ou parte do ativo da massa aos credores, para que o realizassem e pagassem o passivo”<sup>10</sup>. Esta espécie de concordata só veio a ser extinta pela Lei nº 859, em 1902.

Outro elemento histórico de significativa importância para o Direito Concursal Brasileiro foi o Decreto nº. 917, de 24 de outubro de 1890. Este Decreto fora responsável pela consagração da impontualidade e dos atos de falência como causas determinantes da insolvência do devedor<sup>11</sup>. Durante a vigência do Código Comercial, bastava haver a cessação do pagamento para se configurar o estado de insolvência. Tal elemento não

---

<sup>8</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências* (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 320.

<sup>9</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências* (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 320.

<sup>10</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 10.

<sup>11</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 9.

era confiável para se determinar o real estado financeiro do devedor, então, esta inovação do Decreto nº 917 tornou o processo falimentar menos agressivo para aquele que se encontrava em dificuldades financeiras.

A respeito do tema, Waldo Fazzio Junior ressalta que:

Desde o decreto 917/1890, nossa legislação adota um critério eclético, ou seja, reconhece a insolvência por três sinais diferentes. Além da confissão do próprio devedor, presume a insolvência pela impontualidade do empresário, mas também admite identificá-la pela prática de atos suspeitos, sintomáticos daquela situação deficitária.<sup>12</sup>

No entanto, muitas alterações ainda eram necessárias uma vez que o procedimento continuava sendo extremamente rígido e nem sempre eficaz, de tal forma que várias leis foram aprovadas no período subsequente ao Decreto nº 917 visando criar uma maior harmonia entre o instituto de Quebra e sua real finalidade, que era a liquidação efetiva para garantir a satisfação dos credores. Neste período destacou-se a Lei 2.204/1908 que, futuramente, veio a ser revogada pelo Decreto 5.746/1929.<sup>13</sup>

Foi neste contexto que Miranda Valverde, em 1939, elaborou anteprojeto cujo destaque estava “na posição quanto à natureza jurídica do instituto, voltada para a recuperação das empresas enfraquecidas nas suas finanças, ao mesmo tempo que reprimia, com severidade, a especulação e a fraude falimentar”<sup>14</sup>. No entanto, este decreto não fora aprovado pelo Congresso Nacional.<sup>15</sup>

Em 1943, foi elaborado anteprojeto que ensejaria no Decreto-Lei 7.661/45, de autoria de Philadelpho de Azevedo, trazendo significativas alterações para o Direito

---

<sup>12</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

<sup>13</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 10-12.

<sup>14</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 9.

<sup>15</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 8-10.

Falimentar, principalmente no tocante a recuperação do empresário em crise. Baseado no anteprojeto de Miranda Valverde, este Decreto-Lei trazia inovações importantíssimas para a recuperação do empresário devedor, em sua maior parte, por prever um novo procedimento de concessão de concordatas.<sup>16</sup>

Foi neste momento histórico que o procedimento de concessão de Concordatas nos moldes do Decreto-Lei 7.661/45 fora substituído pelo instituto da Recuperação judicial e/ou extrajudicial, trazidos pela Lei 11.101/05, chamada de Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Esta legislação inovava ao trazer o instituto da recuperação judicial e extra-judicial, mecanismos estes que foram fortemente influenciados em sua criação pela Teoria da Empresa, e chegavam ao Direito Concursal Brasileiro sob o prisma de, finalmente, cumprir a função social da empresa, tal como idealizado pelos fundadores desta Teoria.

Tal substituição fora necessária, afinal, ao longo da evolução histórica do Direito Concursal, passou-se a reconhecer, de forma lenta e progressiva, que a sociedade empresária possuía um papel de destaque nos costumes do meio social no qual estava inserida. À medida que as legislações eram revogadas por leis mais modernas, a função social da empresa se destacava e a passos curtos se firmava no Direito Concursal Brasileiro.

## **1.2 A concordata no Decreto-Lei 7.661/45**

No Decreto-Lei 7.661/45, as concordatas tinham a finalidade imediata de suspender ou impedir a falência do devedor, ou seja, nada mais eram que um favor legal concedido ao devedor que se encontrava em dificuldades e na iminência de um pedido de

---

<sup>16</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 8-10.

falência, ou, dependendo da gravidade da crise, já sofrendo as consequências e os efeitos de uma.<sup>17</sup>

O primeiro conceito sobre o que é concordata foi elaborado pelo mestre Miranda Valverde que dizia ser “uma demanda tendo por objeto a regularização das relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários e, por fim, evitar a declaração da falência, ou fazer cessar os efeitos dela, se já declarada”<sup>18</sup>.

“Convém esclarecer, desde já, que a concordata difere visceralmente da falência porque não submete o devedor às restrições em sua liberdade, nem lhe tira a administração de seus bens”<sup>19</sup>. Assim, por meio deste mecanismo, o empresário devedor poderia satisfazer seus credores, mantendo sua atividade econômica. A principal finalidade deste procedimento era fazer com que o devedor sem capacidade financeira que desejasse cumprir suas obrigações, o fizesse por meio da produção ordinária de sua empresa. Como consequência, a função social da sociedade empresária seria cumprida.

Em sua origem, a concordata era tratada como sendo um acordo entre devedor e credores, acordo este que deveria ser homologado em juízo para surtir os devidos efeitos legais<sup>20</sup>. Nas palavras de Waldo Fazzio Junior:

Segundo o conceito clássico, a concordata fazia jus ao nome, ou seja, era um acordo entre credores e o devedor. A sua formação dependia da livre manifestação da vontade dos credores, por deliberação da maioria, através de um *quorum* de votação, reservada ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo entre esses e o devedor.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 03.

<sup>18</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências* (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 238.

<sup>19</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 3.

<sup>20</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 245.

<sup>21</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 245.



A concordata, então, passou a ser vista como um favor legal, e não mais um contrato judiciário entre credores e devedor, como previa a legislação anterior (Lei 2.024/1908 e Decreto nº 5.746/29). Neste mesmo sentido, na exposição de motivos da LFC, Decreto-Lei 7.661/45, o legislador trata o instituto comercial de concessão de Concordata como um “favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame das condições do pedido de devedor em face das exigências da lei”.<sup>22</sup>

A Concordata era, certamente, um benefício, afinal, o empresário devedor em crise se encontrava em dificuldade financeira da qual não havia expectativa de soerguimento. Era um direito inerente ao empresário, pois poderia ele mesmo fazer o pedido ao respeitar os requisitos previstos na Lei, e, também, um contrato, ou seja, um pacto entre devedores e credores porque como o próprio nome indica, trata-se de um acordo, logo, envolve pretensões distintas, que se chocam.<sup>23</sup>

No entanto, o instituto de concessão da concordata, nos moldes da antiga LFC gerava muita discórdia, uma vez que era vista por muitos como um “instrumento de burla e de desonestidade, a serviço de empresários inescrupulosos e sagazes”<sup>24</sup>. Talvez, tal entendimento perdurasse pelo fato de que o processo de recuperação por meio de concordatas gerava vantagens aos devedores inadimplentes que eram, de certa forma, desproporcionais àquelas recebidas pelos credores. Já se pleiteava uma mudança no instituo por entendê-lo

---

<sup>22</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 245-246.

<sup>23</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 245.

<sup>24</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 05.

como “a serviço” do empresário devedor, deixando às margens do processo os interesses dos credores e, de certa forma, da coletividade.<sup>25</sup>

Na redação do Decreto-Lei 7.661/45, a concordata era uma forma de se extinguir as obrigações do devedor de forma diversa à falência e que poderia ser concedida ao empresário em crise podendo ser uma concordata preventiva, quando a finalidade for a de evitar a declaração de uma falência, ou suspensiva, quando estiver se pleiteando a suspensão de uma Falência já em curso. Sendo preventiva ou suspensiva, a concordata poderia buscar seus objetivos de diferentes formas, de acordo com os meios que seriam empregados na recuperação, por isso poderia ser classificada em três diferentes modalidades.<sup>26</sup>

A concordata na sua modalidade remissória buscava a recuperação do empresário em crise por meio da remição parcial dos valores das obrigações a fim de conferir maior vantagem tanto para o devedor como para os credores. Por outro lado, a concordata dilatória (também conhecida como moratória) propunha a simples dilação, a prorrogação, de tais prazos. Havia ainda uma terceira modalidade chamada de mista ou remissória-dilatória, a qual era mais utilizada, que buscava a recuperação conciliando, na medida do possível, a dilação de alguns prazos com a remição de outros.<sup>27</sup>

No entanto, além da classificação clássica, dividindo as concordatas em preventivas e suspensivas, estas poderiam ainda se dar por meio de um procedimento que não provocava o órgão judicial, o qual era conhecido como concordata amigável. Nesta espécie, credores e devedor compunham, como o próprio nome indica, amigavelmente a dilação dos

---

<sup>25</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 04 a 06.

<sup>26</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 583-585.

<sup>27</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1945. v. 2. p. 329-330.

prazos e as formas em que se daria a recuperação<sup>28</sup>. Rubens Requião critica esta forma de concordata por não conferir segurança jurídica aos credores, *in verbis*.

Essa modalidade é geralmente condenada, pois causa muitos danos, prejudiciais aos interesses dos credores e à moralidade pública. Basta para isso verificar que nada assegura aos credores o princípio da isonomia, resultante da *par condicio creditorum*, que também preside o instituto das concordatas.<sup>29</sup>

Tal entendimento corrobora-se a partir da análise da interpretação conferida a alínea III<sup>30</sup> do art. 2º da antiga LFC (Decreto-Lei. 7.661/45). A redação literal do dispositivo penalizava o devedor, com a decretação de sua falência, que convocava seus credores para propor-lhes dilação, remissão ou cessão de bens. Assim, a concordata amigável, quando intentada pelo devedor e não aceita pela unanimidade dos credores seria punida com a decretação da quebra da sociedade empresária, sendo, por isso, a forma judicial a mais utilizada.<sup>31</sup>

Antigamente, até a vigência do Decreto-Lei 7.661, em 1945, a concordata era vista como uma concessão dos credores e, por isso, dependiam da concordância dos mesmos para seu deferimento. Com o advento da LFC, a aceitação dos credores deixou de ser elemento essencial para sua concessão, bastando para tanto o pedido do empresário devedor, o preenchimento dos requisitos e o convencimento do juízo.<sup>32</sup>

No entanto, os credores mais incrédulos ainda poderiam se opor a sua concessão, tanto quando concedida na forma suspensiva como quando concedida em sua forma preventiva. Para isso poderiam se utilizar de dois instrumentos. O primeiro deles era os

---

<sup>28</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 06.

<sup>29</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 06.

<sup>30</sup> Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.

<sup>31</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 6.

<sup>32</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 363.

embargos, caso desejasse manifestar a oposição antes da concessão da concordata, e o segundo era a rescisão, no caso de discordarem de uma concordata já concedida.<sup>33</sup>

Neste ponto é necessário fazer uma observação, uma vez que existe certa controvérsia entre os defensores da teoria processual e da teoria contratual. Sendo caso de rescisão, esta deve ser pedida por um credor quirografário, ensejando assim uma ação rescisória, na visão daqueles que vislumbram a concordata sob a teoria processual. No entanto, pela teoria contratual, esta rescisão teria fundamento na cláusula resolutiva tácita, presente nos contratos que envolvam duas vontades, que é aplicada nos casos de inadimplemento de uma das partes. Sendo assim, o principal efeito da rescisão era a convalidação da concordata em falência.<sup>34</sup>

A respeito do tema, Rubens Requião destaca que:

Duas espécies de rescisão resultam da lei: a concordata pode ser rescindida de pleno direito ou pelo não-cumprimento de obrigações assumidas pelo concordatário. Na primeira hipótese, a rescisão decorre de certos fatos que a lei enumera, cuja simples evidência leva o juiz a, *ex officio*, decretar a falência. Na segunda, a rescisão decorre da provocação do juiz pelo credor insatisfeito, que lhe apresenta os motivos da rescisão. Neste caso será possível ao concordatário elidir o pedido, cumprindo a obrigação ou depositando o pagamento que faltar.<sup>35</sup>

O art. 150<sup>36</sup> do Decreto-Lei 7.661/45 previa, de forma exemplificativa, os casos de rescisão da concordata. Ocorrendo qualquer dos fatos previstos neste artigo, ou outro acontecimento que demonstrasse a falta de compromisso do devedor para com a sua

---

<sup>33</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 51-52.

<sup>34</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 51-52.

<sup>35</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 52.

<sup>36</sup> Art. 150. A concordata pode ser rescindida: I - pelo não pagamento das prestações nas épocas devidas ou inadimplemento de qualquer outra obrigação assumida pelo concordatário; II - pelo pagamento antecipado feito a uns credores, com prejuízo de outros; III - pelo abandono do estabelecimento; IV - pela venda de bens do ativo a preço vil; V - pela negligência ou inação do concordatário na continuação do seu negócio; VI - pela incontinência de vida ou despesas evidentemente supérfluas ou desordenadas do concordatário; VII - pela condenação, por crime falimentar, do concordatário ou dos diretores, administradores, gerentes ou liquidantes da sociedade em concordata.

concordata, o juiz rescindia-a e ordenava a reabertura do processo falimentar, no caso de concordata suspensiva. Da mesma forma, sendo caso de rescisão de concordata preventiva, decretava-se a falência.<sup>37</sup>

A respeito do tema, vale destacar que parte da doutrina considera que o termo “rescisão” não é o mais adequado para tratar deste instituto, uma vez que por meio dele não se busca a desconstituição de coisa julgada e nem um novo julgamento da causa. Alguns juristas como Pontes de Miranda e Waldemar Ferreira consideram tal denominação um erro terminológico e por isso preferiam chamá-lo como “resolução” por se tratar de uma “extinção da concordata por inexecução das condições impostas na sentença concessiva”<sup>38 39</sup>.

Sendo assim, as concordatas, tanto na espécie preventiva como na suspensiva possuíam regras gerais para sua aplicação. No entanto, devido a sua importância e versatilidade, cada uma de suas espécies possuía regras próprias, inerentes a situação específica de cada devedor. Tais regras eram aplicadas de acordo com o tipo de crise que afligia o devedor.

### **1.2.1 A concordata preventiva**

O instituto da concordata preventiva estava previsto no art. 156<sup>40</sup> do Decreto-Lei 7.661/45. Conforme mencionado, este instituto possuía a finalidade imediata de evitar a iminente falência do empresário devedor, por meio de um pacto entre os interessados na manutenção da atividade econômica, pacto este que deveria passar pelo crivo do juízo competente.

---

<sup>37</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 59-60.

<sup>38</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 644.

<sup>39</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 643-644.

A exposição de motivos da antiga LFC (Decreto-Lei 7.661) abordava a concordata preventiva da seguinte forma:

A concordata preventiva visa às relações do devedor com seus credores quirografários. No complexo das atividades do comerciante ela é um compartimento estanque, dentro do qual se modificam aquelas relações. Prevenindo a declaração de falência, esta concordata não cancela a administração do devedor, nem impede a continuação do seu negócio, e, por isso mesmo, não antecipa o vencimento dos créditos sujeitos aos seus efeitos. Os titulares de privilégios continuam no exercício pleno de seus direitos. Não sendo envolvidos os seus interesses no processo, a ele não devem comparecer.

Assim, entende-se a concordata preventiva como uma forma de o devedor em crise evitar a sua declaração de falência, sem descumprir suas obrigações. Na verdade, havia uma renegociação da forma de pagamento, que pressupõe uma aceitação dos credores, uma vez que, na visão destes, o maior interesse era o recebimento do crédito, sendo a manutenção da atividade econômica um meio para atingir seu objetivo. Paralelamente, para o devedor, o maior interesse era evitar sua falência e manter sua atividade, sendo o pagamento de suas obrigações uma das etapas para se atingir este objetivo.<sup>41</sup>

O principal motivo para tal modificação da forma de cumprimento das obrigações previamente acordadas é o Princípio da Preservação da Empresa, que defende a manutenção da atividade econômica como forma de se cumprir a função social da empresa e assim, cumprir todas suas obrigações, as quais, sem a manutenção da realização da empresa, não seriam cumpridas, senão pela liquidação da falência. Este princípio também era o responsável pela mitigação da exigência de alguns requisitos para sua concessão e também da decretação de eventual falência em casos de rescisão, conforme será abordado posteriormente.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

<sup>41</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 06.

<sup>42</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 60.

Neste diapasão, a concordata preventiva poderia se concretizar através do pagamento à vista de 50% dos débitos do devedor (art. 156, §1º inciso I<sup>43</sup> da LFC), como forma de remissão parcial das obrigações. Esta modalidade era conhecida como concordata preventiva remissória. Neste caso, o pagamento da quantia estipulada ao credor deveria ser feito no máximo até o trigésimo dia contado da concessão da concordata preventiva remissória.<sup>44</sup>

Outra forma de se modificar o cumprimento da obrigação evitando, assim, a falência, era a concordata preventiva dilatória (ou moratória) que visava a dilação dos prazos para o cumprimento das obrigações. Nesta modalidade, cuja previsão legal estava contida no inciso II<sup>45</sup> do §1º do art. 156 da antiga LFC, o devedor se comprometia a pagar todos os débitos no prazo máximo de 24 meses, de tal forma que, 2/5 do montante total deveriam ser pagos ainda no primeiro ano da concessão.<sup>46</sup>

Havia, ainda, uma terceira modalidade, conhecida como concordata preventiva mista (também chamada de dilatória-remissória), cuja finalidade era evitar a iminente decretação de falência por meio da “prorrogação do prazo para pagamento e abatimento do valor dos débitos”<sup>47</sup>. Neste caso, o devedor oferecia aos seus credores o pagamento de 60%, 75% ou 90%, no prazo de, respectivamente, 06, 12 ou 18 meses. Neste último caso, no qual ocorria o pagamento de 90%, no prazo de 18 meses, pela quantia que esta sendo parcelada, aplicava-se a mesma regra da concordata dilatória (que envolvia 100%

---

<sup>43</sup> § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: I - 50%, se fôr à vista.

<sup>44</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 6-7.

<sup>45</sup> Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva. § 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de: II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses.

<sup>46</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 6-7.

<sup>47</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 273.

do montante), assim, 2/5 do valor deveriam ser pagos ainda no primeiro ano da concessão do benefício.<sup>48</sup>

O pedido da concordata deveria ser elaborado pelo próprio devedor em crise, devendo ser minuciosamente fundamentado, ou seja, apresentando os motivos que ensejaram a atual situação de crise e comprovando seu real estado econômico, ou seja, sua insolvência. O pedido deveria conter também uma relação das dívidas existentes, devidamente relacionadas aos respectivos credores e uma certidão negativa de execuções fiscais.<sup>49</sup>

Ademais, o pedido ainda deveria conter a comprovação de que nenhum dos impedimentos que estavam previstos no art. 140 ocorriam, o contrato social da empresa e as demonstrações financeiras da sociedade empresarial como o balanço patrimonial, a demonstração de lucros e prejuízos, o inventário de bens e o resultado do último exercício social.<sup>50</sup>

Sendo deferido o processamento pelo Juízo competente, o efeito imediato deste era a suspensão das ações e execuções já existentes baseadas em créditos quirografários<sup>51</sup> e o vencimento antecipado daqueles já existentes até a data deste despacho. O deferimento do processamento também ocasionava a inalienabilidade de todos os bens

---

<sup>48</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 278.

<sup>49</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 85-86.

<sup>50</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 278.

<sup>51</sup> Crédito quirografário é aquele crédito proveniente de uma relação jurídica comum e que não possui vantagens ou diferenciais sobre os demais concorrentes. É, portanto o crédito simples, típico de uma relação obrigacional. De Plácido e Silva, in *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 231, elaborou o seguinte conceito para o crédito quirografário: “é o crédito comum, sem qualquer preferência ou garantia, sujeitando seu titular aos azares da insolvência ou insolvabilidade do devedor, pois se funda em título que não qualquer direito preferencial ou de garantia real”. Caso existam, concomitantemente, créditos quirografários e créditos preferências, como, no caso de uma falência, por exemplo, os créditos trabalhistas e fiscais, estes não concorrem com aqueles, afinal, como o próprio nome indica, deverão ser quitados prioritariamente, em prejuízo dos quirografários. É neste sentido que a súmula 227 do Superior Tribunal Federal determina que “a concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho”, por ser este um crédito preferencial.



imóveis da sociedade empresária. A partir deste momento, havia a exigência de uma gestão responsável e transparente dos negócios. Eis aqui a razão de haver fiscalização sobre devedor, afinal, a atividade econômica agora envolvia outros interesses, e por isso não poderia se limitar apenas à forma de o empresário realizar empresa. Deveria, a partir de então, satisfazer ao interesse de todos os envolvidos.<sup>52</sup>

O responsável por exercer tal fiscalização era o Comissário, figura esta exclusiva da concordata preventiva. A função do comissário não se confundia com a do síndico<sup>53</sup> porque aquele não poderia exercer funções de direção e administração da sociedade empresária ora concordatária, devendo apenas levar ao conhecimento do juízo a ocorrência de atos ilegais ou suspeitos que entendesse serem contrários ao princípio da concordata.<sup>54</sup>

À respeito da diferenciação entre a função do síndico na falência e a do comissário na concordata preventiva, Fábio Ulhoa Coelho ressalta que:

O comissário é agente auxiliar da justiça na fiscalização da sociedade impetrante da concordata preventiva. Não representa a massa dos credores, nem tem funções administrativas na empresa devedora. Suas atribuições, assim, são menores que a do síndico, na falência.<sup>55</sup>

Caso não cumprisse com o pactuado na concordata, o devedor poderia ter seu benefício rescindido, voltando, então, a sofrer os efeitos da falência. Este procedimento

---

<sup>52</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 280.

<sup>53</sup> Síndico era o responsável pela administração da Falência e a fazia sob a imediata direção e superintendência do juízo. Tratava-se, na verdade, de um dos credores do falido, que para exercer esta atividade deveria ser residente ou estar domiciliado no foro da Falência além de ter reconhecida sua idoneidade moral e financeira. De Plácido e Silva, in *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 761, elaborou o seguinte conceito para o Síndico da Falência: “pessoa nomeada pelo juiz da falência para representar, dirigir e administrar os negócios do falido no período da sindicância. Em regra, os síndicos são escolhidos entre os credores do falido. Mas, se nenhum destes aceita a incumbência, ou os que aceitam são com justeza impugnados, pode a nomeação recair em pessoa estranha à falência, à escolha do juiz. as atribuições do síndico são estabelecidas pela lei falimentar, cabendo-lhe remuneração arbitrada pelo juiz, proporcionalmente ao volume e interesses da massa falida. Nos termos do regime instituído pelo Direito Falimentar vigente, ao síndico se comete, igualmente, autoridade para dirigir a liquidação, na falência”.

<sup>54</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 378-379.

<sup>55</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 379.

era conhecido como rescisão e ocasionava a convolação em falência. Como já mencionado, esta poderia ocorrer tanto no bojo de uma concordata preventiva, como no de uma suspensiva. Para tanto, bastava ocorrer qualquer dos fatos previstos no art. 150 da antiga LFC.<sup>56</sup>

No entanto, por ser um ato agressivo, a convolação da concordata preventiva em falência poderia ser relativizada, a fim de se atender aos interesses dos credores e do devedor, uma vez que diante da convolação, ambos viam suas expectativas frustradas. No entanto, para que houvesse esta relativização, o devedor não poderia ter agido de forma contrária ao princípio da concordata. Isto significa que não poderia haver a relativização nos casos em que ocorresse qualquer dos crimes falimentares.<sup>57</sup>

Assim, caso ocorresse o pedido de rescisão em razão do não pagamento, por exemplo, o concordatário poderia elidir a rescisão por meio do cumprimento da obrigação faltante. Desta forma, mesmo diante de uma hipótese prevista em lei, mais precisamente no art. 150 da LFC, o concordatário poderia evitar a convolação em falência e, assim, manter sua concordata e, conseqüentemente, sua atividade econômica.<sup>58</sup>

Concluindo, o juízo competente poderia convolar o processo de concordata em falência se houvesse o pedido do credor ou se estivessem presentes qualquer dos impedimentos previstos no art. 140, 150, 158 ou 159 do Decreto-Lei 7.661/45, mas para isto deveria haver a intimação do devedor para ciência do tal pedido, dando assim a oportunidade para evitar a rescisão do benefício.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 60-61.

<sup>57</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 60.

<sup>58</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 60.

<sup>59</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 58-59.

### 1.2.2 A concordata suspensiva

A concordata preventiva era cabível apenas àqueles devedores que ainda respiravam, mesmo que sem forças, ou seja, àqueles que com muita dificuldade eram capazes de manter sua atividade econômica em funcionamento embora a Quebra fosse inevitável. Por outro lado, aos devedores que já experimentavam os efeitos da falência não havia outro mecanismo capaz de evitá-la senão a concordata suspensiva. Então, “a ação de concordata suspensiva emerge do processo de falência em curso. Visa suspende-lo, removendo seus efeitos finais, a saber: a liquidação do ativo e a cessação do exercício empresarial”<sup>60</sup>.

A principal característica desta concordata é o seu efeito capaz de suspender o processo de liquidação judicial já em curso. Ou seja, para aquele empresário devedor que já recebera a sentença de morte, esta concordata surgia como uma sobrevida, capaz de revivê-lo e, ainda, criando possibilidades para cumprir suas obrigações e retornar a exercer sua atividade econômica. No entanto, esta concordata suspensiva não afastava a falência por completo, apenas a suspendia.<sup>61</sup> Para tanto, o pedido deveria ser protocolado pelo empresário devedor no prazo máximo de 05 dias, que eram contados a partir da entrega do relatório do síndico ao cartório.<sup>62</sup>

A partir desta idéia vislumbra-se o tamanho poder da concordata suspensiva. Mas, para obtê-la, o devedor deveria cumprir alguns requisitos de ordem seletiva. Além dos impeditivos previstos no art. 140<sup>63</sup> da antiga LFC, os pressupostos para concessão de

---

<sup>60</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 291.

<sup>61</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 700.

<sup>62</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 699.

<sup>63</sup> Art. 140. Não pode impetrar concordata: I - o devedor que deixou de arquivar, registrar, ou inscrever no registro do comércio os documentos e livros indispensáveis ao exercício legal do comércio; II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º; III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando,

concordata em sua espécie suspensiva eram a existência do processo falimentar já em curso e a exigência de que não tenha sido recebida alguma denúncia ou queixa por qualquer crime falimentar contra o empresário devedor interessado na concordata. Este segundo requisito era exigido com a finalidade principal de excluir este favor legal daquele devedor que agia com má-fé. A concordata suspensiva seria uma forma de se premiar com uma segunda chance apenas aqueles empresários devedores que agiam com honestidade e transparência em seus negócios.<sup>64</sup>

O recebimento de inicial penal imputando ao empresário devedor a prática do delito falimentar desqualifica-o para a oportunidade legal da concordata. Traduz, no mínimo a existência de indícios de autoria e materialidade daquele ilícito impeditivo, quer dizer, fundada suspeita de sua ocorrência.<sup>65</sup>

No tocante à legitimidade, o pedido, em regra, só poderia ser feito pelo próprio empresário devedor. A antiga LFC estendia esta legitimidade ao espólio no caso de morte do empresário devedor (este deveria ser representado pelo inventariante e sob autorização de todos os herdeiros), e ao seu curador, caso o empresário fosse incapaz.<sup>66</sup>

Para tanto, o pedido deveria ser protocolado pelo empresário devedor, ou qualquer dos legitimados, no prazo máximo de 05 dias, que eram contados a partir da entrega do relatório do síndico ao cartório.<sup>67</sup> Não sendo concedida a concordata suspensiva, dava-se continuidade ao procedimento da falência propriamente dita, devendo proceder à realização

---

crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular; IV - o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida.

<sup>64</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 138-139.

<sup>65</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 293.

<sup>66</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 139-140.

<sup>67</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 699.

do ativo<sup>68</sup>. Havendo inconformismo sobre esta denegação, o recurso cabível ao empresário devedor era o agravo de instrumentos.

Tendo como finalidade principal a suspensão dos efeitos da falência já decretada, a concordata na espécie ora abordada poderia ser cumprida seguindo o acordado e, assim, atingir seu objetivo. Neste caso a consequência era a satisfação de todas as obrigações, antes somente realizáveis por meio da liquidação e do encerramento da atividade econômica, e a continuidade da sociedade empresária.<sup>69</sup>

No entanto, “o descumprimento da proposta/promessa implica a ressurreição da falência. O juiz sequer precisava da provocação de qualquer credor para restaurar o regime liquidatório; pode fazê-lo de ofício, mas, sempre, ouvindo o concordatário, se presente”<sup>70</sup>. Neste caso, o cumprimento de todas as obrigações do devedor só seria atingido pelo mecanismo mais agressivo, fazendo com que o credor depositasse suas esperanças no processo falimentar, ou seja, na esperança de que a realização do ativo da sociedade empresária gerasse o montante suficiente, uma vez que esta nem sempre era suficiente.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> A realização do ativo é uma expressão que consiste na alienação dos bens de propriedade do devedor a fim de se angariar fundos para o pagamento dos credores no âmbito de um processo falimentar. A realização do ativo poderia ocorrer através de diferentes meios, sendo o leilão e o pregão os mais comuns. De Plácido e Silva, *in Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 675, elaborou o seguinte conceito para “Realização do ativo”: “é a transformação ou a conversão de bens em dinheiro, pela venda deles. Em regra, a realização do ativo, ou a conversão do ativo, ocorre quando se tem que proceder a pagamentos, por efeito de liquidação, e estes se devam cumprir em espécie. A realização vem, então, promover a consecução do numerário, com o qual se efetivam os mesmos pagamentos. É comum nas liquidações das sociedades comerciais, nos concursos de credores e nas liquidações falimentares. É, às vezes, tomada a locução no mesmo sentido de liquidação do ativo. O sentido de liquidação, no entanto, é mais amplo, pois que compreende a realização ou a venda de bens, para apuração do numerário, como os próprios pagamentos e todos os demais atos e diligências necessários ao objetivo da liquidação”.

<sup>69</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 142-143.

<sup>70</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 300.

<sup>71</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 300.

### 1.2.3 Natureza Jurídica da Concordata

Na forma como prevista pelo decreto-lei 7.661/45, após assídua discussão doutrinária, entendeu-se a concordata como um benefício legal, ou seja, um favor concedido ao empresário que fora infeliz em sua atuação mercantil. A discussão se firmou, uma vez que alguns juristas tentavam conferir à concordata o papel de contrato judiciário, firmado entre devedor e credores, na tentativa de se respeitar ambos os interesses envolvidos.<sup>72</sup>

Desta forma, sendo um favor legal, este é juridicamente atingido por meio de demanda. Ou seja, “entende-se o pedido de concordata como uma ação, na qual o devedor comerciante propõe a dilação do vencimento e/ou remissão para solução do seu passivo quirografário, com o objetivo final de evitar ou suspender a falência”<sup>73</sup>.

Assim, a natureza jurídica da concordata era foco principal de muitos debates jurídicos. A respeito do tema, desenvolveram-se três teorias. São elas a Teoria Contratual, a Teoria Processual e a Teoria da Obrigação Legal.<sup>74</sup>

A Teoria Contratual conferia à concordata o status de contrato na sua forma mais pura e simples envolvendo interesses dos credores e do devedor. Este entendimento encontrava apoio “no mecanismo processual adotado pela legislação que coloca o instituto da concordata na dependência da aceitação pelos credores da proposta do devedor”<sup>75</sup>. Então, pelo fato de ser necessária a aceitação de um número mínimo de credores para a concessão da concordata, esta necessidade de haver a manifestação de vontade dava a este instituto o aspecto de contrato.

---

<sup>72</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 247-249.

<sup>73</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 249.

<sup>74</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12.

<sup>75</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12.

No entanto, esta manifestação de vontade, que fundamentava a teoria contratual, também era o principal motivo das críticas sofridas por esta corrente. Isto ocorria porque um dos pressupostos para a legalidade de um contrato é a manifestação de vontade das partes. Para a concessão da concordata bastava haver a anuência de um número determinado de credores, assim, poderia ser concedida diante da ausência ou, até mesmo, da discórdia de alguns deles. No tocante a estes credores ausentes, que não tiveram a oportunidade de manifestar a sua vontade, a concordata, sendo entendida como contrato, obrigava-os, portanto, feria um dos requisitos primordiais do contrato. Da mesma forma, porém em maior gravidade, o credor dissidente se via obrigado a um contrato o qual não aceitava os termos tais como escritos pelo devedor.<sup>76</sup>

José da Silva Pacheco, analisando a concordata como se contrato fosse, destacou três teorias capazes de explicar a submissão da minoria dos credores à vontade da maioria. A primeira delas, conhecida como Teoria da coação da vontade “tem por base a coação da vontade da maioria sobre a da minoria, o que tornaria a concordata diversa do direito comum”<sup>77</sup>. Seria, então, nada mais do que uma imposição da vontade daqueles que se encontravam em maior número. A segunda teoria, chamada de Teoria da vontade presumida, tratava a concordata sob o “duplo caráter de contrato consensual para os que concordaram e de obrigação legal para os ausentes ou dissidentes”<sup>78</sup>. Assim, para aqueles credores que não manifestaram sua vontade, fazia-se uma presunção afirmativa de suas vontades, a fim de se agregar à vontade da maioria. A terceira, era a teoria da representação, pela qual a minoria

---

<sup>76</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12 e 13.

<sup>77</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 583.

<sup>78</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 583.

estaria sendo representada pela maioria, logo, estaria manifestando sua vontade por intermédio daqueles credores presentes.<sup>79</sup>

Outra teoria merecedora de esclarecimentos é a Teoria Processual. Esta teoria considerava a concordata como um instituto meramente processual, uma vez que estava “sujeita a direção e homologação da autoridade judiciária”<sup>80</sup>. Sendo assim, dentro desta visão processualista, a natureza jurídica da concordata ainda causava certa discórdia, por isso esta teoria se ramificava em dois grupos. Um deles considerava que a concordata possui natureza jurídica de decisão judicial, sendo, portanto, uma sentença. Assim a entendem, ao considerarem que os credores, em sua totalidade, inclusive aqueles que não se manifestaram, se obrigam ao processo de concordata, não por estarem sendo representados por outros, mas sim pelo poder decisório do juiz.<sup>81</sup>

O segundo ramo da Teoria Processual defendia ser a concordata, na verdade, um contrato processual, que se diferencia do contrato obrigacional, defendido pela teoria contratualista, por envolver uma homologação do magistrado, homologação esta capaz de suprir a omissão daqueles credores ausentes.<sup>82</sup> Assim, a concordata não seria “um contrato propriamente dito, como o conhecemos no direito das obrigações, mas um acordo que tem o duplo caráter de convencional e judicial”<sup>83</sup>.

A terceira e última Teoria, conhecida como Teoria da Obrigação Legal, defende ser esta submissão da minoria dos credores ao interesse da maioria decorrente do dispositivo legal, ou seja, da lei. Não haveria então, uma vontade presumida, ou uma

---

<sup>79</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 582-583.

<sup>80</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12-13.

<sup>81</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12-13.

<sup>82</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12-13.

<sup>83</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12-14.



representação, nem, tão pouco, uma submissão à decisão do juízo. Na verdade, a falta de manifestação de vontade dos credores ausentes, seria suprida por determinação da lei, por possuir, a concordata, natureza jurídica de uma obrigação legal.<sup>84</sup>

O Direito Brasileiro adotou, em um primeiro momento, durante a vigência do código comercial de 1850, a Teoria Contratualista, entendendo ser a concordata um contrato, firmado entre o devedor e seus credores. No entanto, com o advento do decreto-lei nº 7.661/45 ocorreu significativa alteração no procedimento de concessão de concordatas e conseqüentemente, abandonou-se a interpretação contratualista e passou-se a adotar a visão defendida pela teoria processualista.<sup>85</sup> “Passou a imperar, então, a Teoria da Concordata Sentença. Passa a concordata a ser não mais uma concessão de credores, mas do juiz”<sup>86</sup>.

### **1.3 Problemas do Decreto-Lei 7.661/45**

Embora tenha sido criado em um momento no qual o Direito Concursal Brasileiro já se encontrava em um grau avançado de sua evolução, inclusive, já adotando algumas idéias defendidas pela Teoria da Preservação da Empresa, o Decreto-Lei 7.661/45 possuía vícios e contradições que, de certa forma, dificultavam, ou, até mesmo impediam, o soerguimento econômico da sociedade empresarial. Tais contradições ocorriam porque, em alguns pontos de seu texto, o Decreto-Lei 7.661/45 criava dificuldades por meio de impeditivos que, senão impossíveis, eram de difícil cumprimento para o devedor já enfraquecido financeiramente.

---

<sup>84</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 14-15.

<sup>85</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 12-13.

<sup>86</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 16.

O art. 140 do Decreto-Lei 7.661/45 previa os elementos impeditivos para a concessão de concordata. Este dispositivo apenas fazia menção ao termo concordata, sem diferenciar entre as espécies, logo, conclui-se que as regras aplicavam-se às duas.

Fábio Ulhoa Coelho dividia os requisitos para a concessão da concordata em duas ordens distintas. A primeira incluía os requisitos gerais, que deveriam ser cumpridos para a concessão de concordatas preventivas e suspensivas. A segunda ordem incluía aqueles requisitos específicos, inerentes a cada uma das espécies.<sup>87</sup>

O inciso II<sup>88</sup> do referido dispositivo merece abordagem especial, uma vez que sua redação é passível de confusão. A regra prevista no dispositivo envolve três situações bem distintas. Não há dúvidas de que tem direito a concordata preventiva o empresário devedor que possuisse título vencido não protestado e não superior a 30 dias. Havia ainda uma terceira situação na qual o empresário em crise poderia ter sua falência decretada dentro deste prazo de 30 dias por possuir título protestado. Neste último caso, por já existir um processo de falência de curso, o empresário poderia intentar tão somente uma concordata suspensiva.<sup>89</sup>

Assim, a inobservância da “autofalência” não configura um dos impeditivos para a concessão da concordata suspensiva, mas sim a impontualidade, que se configura pelo não pagamento decorridos 30 dias após o vencimento da obrigação, além da existência de protesto. No entanto, a escrita do Decreto-Lei 7.661/45 causava a ilusão de que a

---

<sup>87</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 365.

<sup>88</sup> Art. 140. Não pode impetrar concordata: II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º.

<sup>89</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 365-366.

inobservância pelo devedor da confissão da própria insolvência era a responsável pelo impedimento.<sup>90</sup>

Se fosse este o entendimento, a concordata preventiva, não poderia ser requerida pelo devedor, afinal, quando decorridos os 30 dias posteriores ao inadimplemento, não haveria outro mecanismo disponível para o devedor cumprir suas obrigações senão a falência<sup>91</sup>. O entendimento pacificado do STF (Súmula nº 190 do Superior Tribunal Federal) pôs fim a esta discussão ao determinar que “o não pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva”.

A principal característica deste procedimento, que envolvia a concessão de concordatas, era que o concordatário permanecia na administração dos seus bens, de forma que para a alienação de bens imóveis era necessária a autorização judicial e para a alienação do próprio estabelecimento era obrigatório haver o consentimento expresso dos credores.<sup>92</sup>

Todas estas exigências eram necessárias, porque quando em regime de concordata, o empresário deveria sempre visar a satisfação dos seus credores, mas para isso deveria manter sua atividade econômica, a fim de otimizar o pagamento. Afinal, como não possui recursos para satisfazê-los, durante este período o que se produzia através desta atividade seria destinado ao pagamento dos débitos, então, era interesse dos credores manter uma fiscalização sobre as atividades do devedor.

Para receber o benefício de concessão da concordata o requerente deveria estar regularmente registrado, não ter sua falência requerida (para o caso de requerimento de

---

<sup>90</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 251.

<sup>91</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 251.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falência*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 226-228.

falência preventiva), não ser condenado em crime falimentar, não ter impetrado concordata nos últimos 05 anos, ter cumprido as concordatas anteriores e estar quite com o fisco e com a seguridade social.<sup>93</sup>

Ademais, após deferida a concordata, esta poderia ser convertida em falência (convolada em falência) caso ocorresse qualquer das situações previstas como o não pagamento das prestações a algum credor conforme anteriormente ajustado, ou se ocorresse o pagamento antecipado a algum credor em detrimento dos outros, a venda de mercadorias a preço abaixo do valor de mercado, ou, ainda, se o empresário cometesse algum crime falimentar ou agisse com negligência na continuação do negócio.<sup>94</sup>

No entanto, mesmo sendo norteado pelo intuito de recuperar a sociedade empresária devedora, evitando sua falência, o instituto da concessão de concordatas da antiga LFC possuía alguns elementos que, de certa forma, contrariavam seus próprios objetivos. Ao empresário devedor cujas expectativas de satisfazer todas as obrigações restantes se depositavam apenas no processo de recuperação por meio da concordata, não atender os requisitos exigidos pela LFC significava a indesejada Falência. A problemática se instalava para o empresário devedor que não preenchia os requisitos exigidos, mas não por incapacidade de sua administração, e sim por incompatibilidade do requisito propriamente dito e a situação vivenciada pela sociedade empresária.

Tal contradição é melhor compreendida ao analisarmos as exigências feitas pela lei para que ao empresário em crise fosse concedida a concordata, mais precisamente, no

---

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falência*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 228.

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falência*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 229-230.

tocante a necessidade de não haver protesto de títulos por falta de pagamento, como forma de impedimento a concessão de concordata.

O protesto é um instrumento do credor para comprovar o descumprimento de obrigação, cuja previsão está contida no art. 1º da Lei 9.492/97<sup>95</sup>. Seria então um mecanismo capaz de “(...) caracterizar o estado de inadimplência do devedor, também da insolvência, a partir do instante no qual a presunção milita a favor do credor, cercando a liquidez e certeza da importância exigida”<sup>96</sup>.

Surge o protesto para configurar uma determinada relação que não se aperfeiçoou do modo e da forma consensualmente pactuados, dentro de um paralelo temporário que registrará os elementos básicos, permanecendo inalterado até eventual pagamento, ou comprovação da inexistência do vínculo obrigacional.<sup>97</sup>

O art. 140, inciso II impunha ao devedor a obrigação de comprovar a não existência de protestos de títulos para que a ele pudesse ser concedida a concordata preventiva (anterior aos 30 dias do vencimento) ou suspensiva (posterior aos 30 dias do vencimento). Assim, para aqueles devedores, os quais possuíam títulos protestados, estariam incursos no impeditivo previsto no inciso II do art. 140 do decreto 7.661/45, e como tal, não poderiam se beneficiar da concordata. A estes devedores, o único meio disponível para satisfação de suas obrigações seria a falência.<sup>98</sup>

Assim, em ambos os regimes de concordata, suspensiva ou preventiva, para pedi-los, o devedor não poderia ter título protestado por falta de pagamento (afinal, este se projetava para o mercado, então seus efeitos interferiam em outras relações jurídicas). No

---

<sup>95</sup> Art. 1º - Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos.

<sup>96</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Do protesto*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 10.

<sup>97</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Do protesto*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 08.

<sup>98</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 595-597.

caso da concordata preventiva, se tiver título protestado era inviável ou quase impossível conseguir a concessão. Assim, o único caminho restante para adimplir suas obrigações, neste caso, era a falência. Até a Lei 11.101/05, na prática, o Juiz analisava se havia protesto ou não e, caso afirmativo, já indeferia o pedido de concordata, além de decretar a falência.

Os impedimentos do art. 140 estão formulados no capítulo das disposições gerais relativas às concordatas. Ao regular, especificadamente, a concordata preventiva, a lei estabelece, de modo inequívoco, a remissão aos impedimentos do art. 140, cuja não-ocorrência é questão preliminar a ser verificada (art. 158).

(...)

O comerciante com dívida vencida, há menos de 30 dias e não protestada, tem o direito de pedir concordata. Se o vencimento ocorrer há mais de 30 dias, mesmo que não haja protesto do título, surge o impedimento do art. 140, II, para a obtenção da concordata.<sup>99</sup>

Já, no caso da concordata suspensiva, que era concedida dentro do processo falimentar, o devedor que possuía título protestado não obtinha a concordata, logo não conseguia suspender os efeitos da falência. Para obtenção da concordata suspensiva, também era requisito que o falido não tivesse sido denunciado por crime falimentar, e não cumprir com suas obrigações perante seus credores já era entendido como crime falimentar, ou seja, tornava-se muito difícil adquirir tais concordatas.

Assim, ao invés de buscar uma maior abrangência do instituto, os elementos da concordata, seja ela suspensiva ou preventiva, ocasionam o efeito oposto, dificultando a concessão deste favor para os devedores carecedores deste benefício. Afinal, era muito provável que uma sociedade empresária em crise e na iminência de uma falência possuísse títulos protestados.

Outro ponto controvertido diz respeito ao primeiro passo para a concessão da concordata, ou seja, no momento em que o empresário devedor solicitava o benefício em

juízo. Neste caso, ao comparecer perante o Juiz para solicitar a concordata, caso não atendesse aos requisitos necessários para sua concessão, o efeito imediato não era outro senão a decretação da falência, com base no reconhecimento do empresário de sua insolvabilidade<sup>100</sup>. Desta forma, aquele empresário que visava evitar sua falência, depositando suas esperanças em um pedido de concordata preventiva, amargava uma imediata decretação de falência, prejudicando assim, todos os envolvidos nesta relação.

Por tal razão, alguns devedores evitavam fazer a solicitação de uma concordata preventiva temendo uma possível decretação de falência. Este procedimento, além de prejudicial para o próprio devedor, conferia caráter negativo ao instituto que deveria ter o aspecto de solucionador. Assim, para aqueles empresários carecedores da concordata preventiva, era necessário fazer uma ponderação sobre os riscos de se solicitar tal benefício. Tal ponderação, certas vezes, acarretava na desistência de se realizar o pedido.

No entanto, os prejuízos desta decretação de falência não se limitavam apenas ao devedor e aos credores, se estendendo também aos empregados da sociedade empresária, aos seus consumidores e ao próprio fisco. Tal procedimento era prejudicial a todos, mas em especial aos credores, afinal, a concordata significaria para eles uma forma de receber seus créditos, ainda que parcelados.<sup>101</sup>

Assim, diante do não cumprimento dos requisitos necessários, ao cumprir estritamente o previsto pelo dispositivo legal, ou seja, decretar de imediato a falência diante do não cumprimento dos requisitos para a concessão da concordata, o Judiciário causaria prejuízos para muitos, inclusive ao próprio Estado. Desta forma, passou-se a aplicar a lei de

---

<sup>99</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata – comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 598.

<sup>100</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 359-360.

<sup>101</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 360.

forma flexibilizada, a fim de atender aos interesses de todos. O juiz, então, analisando cada caso individualmente, e visando evitar um prejuízo maior, concedia a concordata mesmo diante do não cumprimento integral dos requisitos. Tal procedimento expunha todo o despreparo da lei para as questões mais complexas e que envolviam interesses que iam além da relação entre devedor e seus credores.<sup>102</sup>

A respeito da consequência das constantes falências e de sua prejudicialidade para a coletividade, Fran Martins destaca que:

Verdadeiramente, o País perde milhares de postos de serviço com a quebra-deira, tendo, na ponta, duplo fator estimulante, a alta taxa de juros e carga tributária, sendo o Estado o maior algoz das atividades que sem outra opção derivam e naufragam.<sup>103</sup>

Neste mesmo sentido, em se falando dos pontos negativos da antiga LFC, cabe destacar também a questão da proposta ofertada pela sociedade empresária quando do pedido de concordata preventiva. Nesta espécie de concordata, o devedor deveria, na petição inicial, oferecer a sua proposta contendo a forma como pretendia proceder ao pagamento dos credores quirografários. Como tratava-se de um favor legal, não se exigia a concordância dos credores, então, como consequência, a concordata preventiva seria concedida de acordo com as intenções exclusivas do devedor, não havendo chance de negociação com os outros interessados<sup>104</sup>. Não havia um mecanismo disponibilizado aos credores para discutir os termos da concordata, de tal forma que “a concordata ou é concedida nos termos escolhidos unilateralmente pela devedora, ou não é concedida”<sup>105</sup>.

Desta forma, Manoel Justino Bezerra Filho sabiamente ressaltou a incoerência do procedimento ao escrever que:

---

<sup>102</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 360 e 361.



O que se verificava é que o sistema do dec.-lei 7.661/45 não conseguia proteger os credores da empresa concordatária ou falida e não conseguia também, por outro lado, preservar a atividade empresária, apresentando-se como sistema incapaz de preservar qualquer tipo de interesse, atendendo apenas, na grande maioria das vezes, ao empresário oportunista e desonesto.<sup>106</sup>

Todas estas contradições criavam dificuldades para a aplicação plena da recuperação da sociedade empresária por meio do benefício da concordata e conseqüente afastamento da falência, tal como idealizado pela Teoria da Preservação da Empresa.

Desta forma, a Lei 11.101/05, chamada como Lei de Recuperação de Empresa e Falência (LRE) surgiu “com o triplo fito de preservar a atividade produtiva, maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores e prevenir a falência”<sup>107</sup>. Esta lei, que recebera grande influência da Teoria da preservação da empresa, substituiu o procedimento de concessão de concordatas pelo novo instituto denominado de Recuperação Empresarial. Este novo mecanismo, por sua vez, seria capaz de atingir esta tripla finalidade, sem os óbices da antiga LFC (Decreto-Lei 7.661/45).

---

<sup>103</sup> MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 460.

<sup>104</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 366-367.

<sup>105</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 366.

<sup>106</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

<sup>107</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 305.

## **2 O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

### **2.1 Recuperação Empresarial (Lei 11.101/05)**

A recuperação judicial é inovação trazida pela Lei nº 11.101/05. Seu surgimento é devido principalmente à necessidade de um novo procedimento recuperatório capaz de, concomitantemente, atender aos interesses dos credores e à função social desempenhada pela atividade empresária.

Através deste instituto, o legislador brasileiro concedeu ao empresário em crise algumas formas de permanecer desenvolvendo suas atividades quando antes caberia ou a falência ou uma das modalidades de concordatas. Assim, mantendo-se a produção ordinária da atividade de forma distinta e mais eficaz do que quando sob o regime de concordatas, a sociedade empresária aumenta significativamente suas chances de soerguimento. Desta forma, o resultado deste novo procedimento é convertido aos credores para sanar as dívidas ao passo em que a atividade empresária permanece em pleno vigor, capaz de gerar mais riquezas a todos os interessados no seu sucesso.

Para se beneficiar de tal procedimento, a Lei 11.101/05 concede ao empresário em crise duas formas para alcançar sua plena recuperação: a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial.

### 2.1.1 Recuperação extrajudicial

O instituto da recuperação extrajudicial (art. 161 da Lei 11.101/05<sup>108</sup>) foi sem dúvida uma das maiores inovações trazidas pela LRE. Isso porque, antigamente o empresário devedor que convocasse seus credores sem se utilizar da intermediação de um juízo falimentar, poderia ter sua falência decretada. Sendo assim, a partir de 2005, o devedor em crise pode apresentar aos seus credores um plano de recuperação extrajudicialmente, mas para tanto deverá preencher a certos requisitos de ordem objetiva e subjetiva.<sup>109</sup>

Este instituto possui natureza contratual devendo ser visto como um consenso entre credor e devedor, afinal a escolha por este procedimento extrajudicial visa na verdade o atendimento da finalidade do processo de recuperação por um meio mais barato e certamente mais rápido tendo em vista que toda a fase de negociação fica limitada ao âmbito privado. Assim, as partes podem simplesmente levar à homologação do juízo este “acordo” celebrado sem a sua interferência, logo sem toda sua burocracia.

Nesse sentido, Jorge Lobo destaca que:

O acordo pré-concursal possui natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer ação estatal, mas tão somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesses para o devedor e seus credores e, até mesmo, de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.<sup>110</sup>

Vale destacar que, sendo um procedimento de natureza extrajudicial não necessariamente deverá ser apresentado ao juízo. O seu processamento pode ficar restrito entre as partes, caracterizando assim o grande atrativo deste instituto, afinal, todo o processo

---

<sup>108</sup> Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

<sup>109</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 390-393.

ganha celeridade. Desta forma, a recuperação extrajudicial pode ocorrer sob duas modalidades: (i) recuperação extrajudicial com homologação obrigatória; (ii) recuperação extrajudicial com homologação facultativa.

A primeira é utilizada nos casos em que não houver completa aceitação dos credores ao plano de recuperação apresentado, cabendo ao devedor requerer a homologação judicial com a apresentação do plano aprovado por credores titulares de, no mínimo, 3/5 dos créditos sujeitos ao procedimento. Neste caso, a homologação possui o efeito de vincular a minoria incrédula no processo extrajudicial já que, uma vez homologado o plano, todos os credores inscritos, concordantes ou não, terão seus créditos submetidos à recuperação extrajudicial.<sup>111</sup>

A segunda, por sua vez, confere ao devedor a faculdade de requerer a homologação em juízo, oportunidade em que deverá apresentar a sua justificativa e o documento contendo os termos e condições da recuperação com as respectivas assinaturas dos credores. Assim, o devedor confere maior solenidade ao ato. No entanto, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho, “se o plano de recuperação ostenta a assinatura de todos os credores por ele atingidos, a homologação não é condição para obrigá-los”<sup>112</sup>.

Para poder se utilizar de recuperação extrajudicial, o devedor deveria, num primeiro momento, exercer sua atividade empresarial regularmente há pelo menos 02 anos, não ser falido ou, se o foi, terem sido declaradas extintas suas obrigações por sentença com trânsito em julgado, não ter sido condenado por crime falimentar, não haver pedido de

---

<sup>110</sup> LOBO, Jorge. *Direito Concursal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37.

<sup>111</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 399-400.

<sup>112</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 397-398.

recuperação judicial solicitado por este devedor, e, ainda, não ter sido concedida recuperação judicial ou extrajudicial há menos de 02 anos.

Além destes requisitos impostos ao devedor propriamente dito, o plano de recuperação apresentado aos credores também deve obedecer a algumas restrições: (i) não pode ser previsto o pagamento antecipado de nenhuma dívida (art. 161, § 2º primeira parte); (ii) todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de alguns ou o desfavorecimento apenas de parte deles (art. 161, §2º, segunda parte); (iii) não pode abranger senão os créditos constituídos até a data do pedido de homologação (art. 163, §1º, *in fine*); (iv) só pode contemplar a alienação de bem ou a supressão ou substituição de garantia real se com a medida concordar expressamente o credor garantido (hipotecário, pignoratício etc.) (art. 163, §4º); (v) não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a anuência expressa do respectivo credor (art. 163, §5º).<sup>113</sup>

### **2.1.2 Recuperação Judicial**

A principal motivação para a instituição da Lei 11.101/05 foi o reflexo que o procedimento de falência causava na sociedade. Diante da cessação da atividade empresária, as consequências não se limitam ao empresário e aos seus credores. Fato é que os efeitos prejudiciais desta quebra se estendem aos seus empregados e a arrecadação do fisco, por exemplo. Portanto, a recuperação passa a ser um instituto de interesse de toda a sociedade.

---

<sup>113</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 393.

O legislador reconhece que a atividade econômica empresária é uma fonte produtora, porque o funcionamento desta atividade é capaz de gerar riquezas a todos, não apenas ao empresário.

Assim, diante de uma decretação de falência, fechar as portas da sociedade empresarial, dentre outras coisas, atinge o trabalhador que não terá mais salário e nem renda, logo não terá mais consumo, acarretando um efeito cascata, que atinge a todos. Também atinge a arrecadação do Estado, inerente a própria atividade prestada pela sociedade empresária.

Ao se confrontar o Art. 173 da CF com este art. 47 da Lei 11.101/05, conclui-se que estas atividades são essenciais para a manutenção da sociedade.

Por esta razão, no mecanismo da recuperação judicial, o juízo deve ter a percepção da sua importância no contexto da economia e que a sociedade empresária desenvolve uma função social na sociedade e por isso deve tentar evitar a falência, porque esta não resolve o problema. A solução está na recuperação da atividade econômica.

O dispositivo legal que traduz o objetivo desta reforma do direito Concursal brasileiro é o art. 47 da LRF, que trata a recuperação como um procedimento capaz de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor. Por meio desta recuperação, o empresário em crise, que apenas vislumbrava o procedimento falimentar a sua frente, poderia manter sua fonte produtora, os empregos dos trabalhadores e, ao mesmo tempo atender aos interesses dos credores.

Sendo assim, preservando-se a empresa por meio da recuperação, sua função social seria cumprida e, como consequência, com o estímulo à atividade econômica, a

sociedade empresária seria reestruturada, e a crise, afastada definitivamente. Todas estas vantagens, portanto, são atingidas, sem a necessidade do fechamento do estabelecimento e qualquer outro instituto agressivo da falência.

O procedimento de recuperação judicial pode ser dividido em três fases<sup>114</sup>:

(i) fase postulatória; (ii) fase deliberativa; (iii) fase de execução. A fase postulatória perdura do pedido inicial até a publicação do edital de convocação dos credores para comporem a assembléia. Formada a assembléia, tem-se início a fase deliberativa cujo fim ocorre com a decisão do juízo acerca da concessão da recuperação judicial. Uma vez concedida recuperação judicial, inicia-se a terceira fase do processo, a fase de execução, que se finda com a sentença terminativa. É nesta fase que serão aplicados os meios para o efetivo soerguimento econômico e sua respectiva fiscalização.<sup>115</sup>

Tratando-se do instituto propriamente dito, estando o pedido devidamente instruído com os devidos documentos comprobatórios, o juiz deferirá o seu processamento nos termos do art. 52<sup>116</sup> da LRF. Vale destacar que esta decisão que defere o processamento, não significa a concessão da recuperação judicial, mas tão somente que o procedimento terá continuidade.

---

<sup>114</sup> Waldo Fazzio Junior defende a existência de apenas 02 fases: (i) fase de processamento e (ii) fase de execução do plano.

<sup>115</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 145.

<sup>116</sup> Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei; III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei; IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Sendo deferido o processamento, o plano de recuperação deve ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Caso não apresente este plano, a consequência imediata é a convolação em Falência. O plano é o instrumento no qual o devedor apresenta sua proposta aos credores, por este motivo o juiz deve ordenar a publicação de edital como forma de aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação.

Por se tratar de um plano, ou seja, um conjunto de propostas que tem como objetivo o soerguimento empresarial e sendo um processo no qual há interesse de ambas as partes, os credores podem manifestar objeções caso não concordem com algum procedimento apresentado ou considerem o plano, como um todo, insuficiente. O prazo para esta manifestação é de 30 dias e começa a contar da data em houve a publicação da relação de credores (art. 7º § 2º), caso ainda não tenha sido publicado o aviso de recebimento do plano de recuperação.

Neste liame, havendo objeções, ou apenas uma objeção, a assembléia de credores será convocada para deliberar sobre o plano. Nesta deliberação, os credores podem optar pela aprovação do plano, tal como apresentado, pela aprovação com alterações (sendo necessária a concordância do devedor) ou pela rejeição. Sendo caso de rejeição do plano de recuperação, o juiz decretará a falência do devedor.

De tal maneira que, não havendo objeções ao plano, ou se houverem, o mesmo for aprovado posteriormente pela assembléia, o juiz falimentar concederá a recuperação judicial ao devedor em crise. A partir de então, o devedor deverá cumprir as medidas previstas no plano de recuperação. Caso ocorra descumprimento de qualquer das obrigações apresentadas aos credores no plano, o devedor é punido com a convolação de sua



recuperação em falência. Sendo o caso de convolação, os credores terão seus direitos e garantias reconstituídos na forma inicialmente contratada.

Os credores são partes tão interessadas na recuperação efetiva da atividade econômica empresarial quanto o próprio devedor, por isso a lei confere a eles mecanismos a título de fiscalização, como o comitê de credores e a figura do Gestor judicial.

### **2.1.2.1 Natureza Jurídica**

Conferiu-se ao antigo procedimento de concessão de concordatas a natureza jurídica de benefício legal por ser favor concedido ao empresário mercantil em crise.

No entanto o procedimento inovador trazido pela Lei 11.101/05 trouxe um novo instituto que pouco se assemelha ao antigo procedimento de concessão de concordatas, alterando não só a finalidade e a forma de se buscar o soerguimento empresarial, mas também a natureza jurídica do mecanismo para alcançá-la. Assim, embasado no entendimento de Waldo Fazzio Junior, vislumbra-se a recuperação judicial como Ação, e não como contrato.

É, portanto, uma ação de conhecimento cognitiva, afinal “o autor postula do órgão judiciário o deferimento de uma pretensão. Aqui é a de por em prática um plano de reorganização da empresa”<sup>117</sup>. Sendo assim, embora seja ação, também pode ser visto como favor legal ofertado pelo juízo falimentar visto que não visa apenas a recuperação do empresário devedor, mas também, e principalmente, objetivando a preservação da empresa.

---

<sup>117</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 117.

### 2.1.2.2 Princípios

A Recuperação judicial da empresa é instituto de extrema importância para atual conjuntura social, uma vez que busca a melhor solução para uma sociedade em crise tendo como objetivo principal a coletividade ao seu redor, e não somente o aspecto econômico da relação comercial. Mas para que esta recuperação seja eficaz, deve ser aplicada apenas aos casos em que houver viabilidade econômica (importância social, mão de obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e do passivo, tempo da empresa e seu porte econômico), como bem ressalta Fábio Ulhoa Coelho, *in verbis*:

Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos- materiais, financeiros e humanos- empregados nessa atividade devem ser recolocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza.<sup>118</sup>

Neste sentido, cabe salientar aqui os dois princípios<sup>119</sup> que norteiam o instituto da recuperação judicial, por serem estes fundamentais para a compreensão do instituto propriamente dito, principalmente de seus meios e de sua finalidade. Sendo assim, são eles: O Princípio da Viabilidade da empresa e o Princípio da Preservação da atividade empresarial.

Pelo Princípio da viabilidade da empresa, entende-se ser aconselhável a aplicação do instituto da recuperação judicial apenas àquelas empresas economicamente viáveis. “Viáveis, é claro, são aquelas empresas que reúnem condições de observar os planos

---

<sup>118</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 117.

<sup>119</sup> Além destes, Waldo Fazzio Junior destaca ainda o Princípio da predominância do interesse imediato dos credores, o Princípio da publicidade dos procedimentos, o Princípio da *par conditio creditorum* e o Princípio da conservação e maximização dos ativos do agente econômico devedor como orientadores do processo de recuperação empresarial.

de reorganização estipulados nos art. 47 (recuperação judicial) e 161 (recuperação extrajudicial)”<sup>120</sup>. Assim, este conceito de viabilidade econômica resume-se, basicamente, na possibilidade de cumprimento do plano pelo empresário devedor. Em sendo inviável, a consequência é o indeferimento do processamento da recuperação, afinal, caso fosse deferido a uma empresa economicamente inviável, acarretaria naturalmente na convação em falência. Ressalta-se que um dos objetivos principais da recuperação é, justamente, o afastamento dos efeitos da falência, sendo, portanto, a obediência a este princípio de extrema importância para o sucesso do procedimento recuperatório.<sup>121</sup>

Por sua vez, o princípio da preservação da empresa exprime o entendimento sobre a necessidade de se priorizar a recuperação empresarial em detrimento do procedimento falimentar. Através deste princípio, a atividade empresarial tem seu papel socioeconômico não só reconhecido, mas também respeitado e desejado, a ponto de possuir todo um procedimento visando exclusivamente a sua manutenção. A Lei 11.101/05, no tocante a este procedimento, prevê meios e instrumentos certamente influenciados por este pensamento, e portanto, eficazes para atingir o objetivo principal de soerguer a empresa.

A preservação da atividade empresária traz consequências positivas para a sociedade. Por esta razão, “deve preponderar, em regra, sobre o objetivo jurídico da satisfação do título executivo, se este for considerado apenas como a realização de pretensão singular”<sup>122</sup>. Assim, através deste princípio da preservação fica demonstrado o objetivo principal da Recuperação empresarial, seja na modalidade judicial ou extrajudicial.

---

<sup>120</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

<sup>121</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16-17.

<sup>122</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*: 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

### 2.1.2.3 Objetivos

A Lei 11.101/05 entrou em vigor no dia 09 de junho de 2005. Sob o prisma de criar uma nova alternativa às sociedades empresárias em crise frustradas com a forma ineficiente de recuperação disponibilizada pelas concordatas, a LRE instituía a recuperação empresarial e inovava ainda mais ao permitir tal procedimento na modalidade extrajudicial.

O processo de recuperação judicial possui um caráter preventivo em relação ao de falência. Este caráter se dá porque sua finalidade é buscar o soerguimento econômico da sociedade empresarial em crise, cujos mecanismos antes cabíveis para alcançar o adimplemento de suas obrigações eram o antigo procedimento de concessão de concordatas ou a decretação de quebra. De forma que, a partir da Lei 11.101/05, os credores podem experimentar a satisfação de seus créditos por meio de um instituto que não possui regime de moratória e sem a necessidade de que haja a interrupção da atividade do empresário devedor, que mesmo não possuindo o capital necessário para o cumprimento de suas obrigações, poderia, ao longo do processo de recuperação, adquirir os recursos necessários para tanto.

A principal finalidade desta recuperação era manter a atividade da empresa respeitando às necessidades e os costumes. Tais mecanismos foram evoluindo à medida que a própria sociedade evoluía. Novas formas de empresa foram sendo criadas e conseqüentemente, surgiu uma demanda por institutos do Direito Falimentar mais eficientes, capazes de proteger não apenas o empresário, mas todos os envolvidos nesta relação de comércio.

A Teoria da Empresa, que foi adotada a partir de 42, com o Código Italiano, tem por finalidade reconhecer a importância da empresa no mercado e na sociedade na qual se encontra inserida. Por isso percebeu-se que deveriam ser criados mecanismos condizentes

com tal importância. No caso do Brasil, que só veio a modificar sua legislação em 2005, a concordata se tornou imprestável, então surgiu um novo instituto no Direito Concursal Brasileiro, que é o instituto da Recuperação.

No entanto, a recuperação, vista como novidade no Direito Concursal do Brasil, já possuía ampla aplicação em países como Itália, França, EUA e Alemanha. Ressalvadas as peculiaridades de cada um dos direitos citados, todos possuíam a função social da empresa como objetivo principal da recuperação judicial e para atingi-lo utilizavam-se de instrumentos capazes de produzir efeitos semelhantes aos adotados pelo Brasil.<sup>123</sup>

Ao se estudar o que vem a ser a função social da empresa, conclui-se que esta engloba um conjunto de elementos econômicos e sociais que visam, concomitantemente, o sucesso de uma atividade empresarial, a satisfação dos credores, e os interesses da coletividade, incluídos aqui, os trabalhadores e o próprio Estado. Neste mesmo sentido Celso Marcelo de Oliveira diz que:

O objetivo econômico da recuperação judicial é permitir às empresas em dificuldades econômicas, que voltem participantes competitivas e produtivas da economia. Os beneficiados, sob este ponto de vista, serão não somente os entes econômicos diretamente envolvidos como os controladores, credores e empregados, mas principalmente, a sociedade.

(...)

Assim encontramos a preocupação com o papel social que a empresa exerce na sociedade é a base que justifica todos os esforços no sentido de dar à empresa uma oportunidade de recuperação quando esta se envolve numa situação de falta de liquidez econômica.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112-114.

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova Lei de Falência: Capítulo VII: Recuperação Judicial*. São Paulo: IOB Thomson. 2005. p. 230.

Tal finalidade está compreendida no art. 47<sup>125</sup> da Lei 11.101/05. Este artigo é também o principal argumento para que o credor possua a legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, tema este que será melhor abordado no capítulo 03.

A redação deste dispositivo prevê a recuperação como um instituto que tem como finalidade a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, e assim permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A respeito dos objetivos do processo de recuperação judicial, Waldo Fazzio Junior, define que:

Sob uma perspectiva geral, a recuperação judicial tem por escopo:

- Reorganizar a empresa em crise financeira;
- Preservar as oportunidades de emprego;
- Implementar a valorização da massa próxima da insolvência;
- Dilatar as possibilidades de negociação para a solução de passivo;
- Envolver a maior parcela possível de credores e empregados do devedor;
- Fixar os efeitos da desaprovação ou descumprimento do plano;
- Regular a conversão da recuperação em falência;
- Especificar o conteúdo mínimo e a justificativa do plano;
- Fixar mecanismos de alteração do plano;
- Estabelecer os limites da supervisão judicial da execução do plano; e
- Regular o elenco de atribuições dos órgãos administrativos do plano.<sup>126</sup>

Neste sentido, para que esta função social seja atendida a lei disponibiliza ao devedor diversos meios para recuperar-se de forma efetiva, os quais estão inseridos nos incisos do art. 50 da Lei nº 11.101/05.

---

<sup>125</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

#### 2.1.2.4 O Pedido Inicial

Sendo um benefício que confere majestosa oportunidade para o devedor, a recuperação judicial não pode ser aplicada a todos os casos de crise empresarial. Para adquiri-lo, o devedor deve cumprir certos requisitos, previstos no art. 48 da LFR. Tal exigência é justificada pelo fato de que, sendo um favor legal capaz de afastar a falência, é certo que apenas aqueles devedores que estão sujeitos a falir podem solicitá-la. O direito de solicitar o benefício da recuperação judicial é restrito ao devedor que exerça sua atividade há mais de 02 anos e que não esteja falido, mas, se já o foi, os encargos decorrentes desta falência devem estar extintos, por sentença transitada em julgado, para fazer jus ao benefício.

O instrumento de recuperação judicial, no direito brasileiro, não é acionável por quem já teve a quebra decretada. Apenas os devedores em estado de pré-falência podem ser socorridos pela recuperação judicial. Se já tiver sido sentenciada a instauração do concurso falimentar de credores, considera a lei que não há mais sentido em procurar a recuperação da empresa. Assim, ainda que a sociedade empresária tenha títulos protestados ou mesmo a falência requerida, ela tem o direito de pleitear a recuperação judicial, se lhe interessar fazê-lo, desde que se encontre em crise econômica, financeira ou patrimonial.<sup>127</sup>

Os outros impeditivos ao devedor que deseje recuperar-se é o fato de ter obtido recuperação há menos de 05 anos (08 anos para a microempresa ou empresa de pequeno porte) e não ter ele, ou seus administradores, cometido crime falimentar. O primeiro impedimento se dá porque a lei considera que a necessidade de dois ou mais processos de recuperação neste lapso temporal é um indicativo de imperícia, falta de compromisso, ou até mesmo falta de competência do empresário na prestação de sua atividade perante a sociedade.

---

<sup>126</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 115-116.

<sup>127</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 124.

Já o segundo, se justifica pela razão de haver uma presunção de uso indevido do benefício de recuperação.<sup>128</sup>

Em consonância ao previsto no art. 47 da LRF, o § único<sup>129</sup> do art. 48 da mesma lei, estende a legitimidade ativa do pedido de recuperação judicial ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros do devedor, ao inventariante ou, ainda, ao sócio remanescente. Esta ampliação é uma prova da incidência da Teoria da Empresa na legislação atual.

## 2.2 Críticas à LRF (Lei 11.101/05)

Pelo texto legal, só terá a possibilidade para requerer a sua recuperação judicial o empresário devedor que estiver realizando empresa a pelo menos dois anos. O legislador se equivocou, porque a crise pode surgir a qualquer momento. Esta determinação, portanto, contraria a regra do art. 47. Sem a opção da recuperação, só lhe resta o mecanismo da falência. Qualquer juízo de recuperação, se valendo da razoabilidade, supera este requisito.

Fabio Ulhoa Coelho destaca a vulnerabilidade do sistema de recuperação judicial brasileiro apontando que:

O modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria ambiente propício ao nascimento da “indústria da recuperação judicial”. O credor, na assembléia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer *rabisco malfeito*, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 123-124.

<sup>129</sup> Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

<sup>130</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 116.



Um dos dispositivos que concentra maiores críticas é aquele que determina a impossibilidade de as empresas públicas e sociedades de economia mista falirem. Tal previsão encontra seu fundamento no inciso I do art. 2º<sup>131</sup> da LRF. Neste liame, vários doutrinadores já se manifestaram pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Empresas públicas são “as sociedades empresárias instituídas pelo poder público, para exploração de atividade econômica que convém à administração, mesmo que de forma eventual”<sup>132</sup>. Mesmo sendo possuidora de patrimônio próprio e de personalidade jurídica semelhante a das sociedades privadas, não se sujeita a Lei 11.101/05 por possuir capital integralmente público.<sup>133</sup> O mesmo ocorre com as sociedades de economia mista. Esta, por sua vez, “destina-se à exploração de atividade econômica sempre sob forma de sociedade anônima; as ações com direito a voto pertencem majoritariamente ao poder público, permanecendo, portanto, o poder público com o controle da sociedade”<sup>134</sup>.

De fato, há uma flagrante inconstitucionalidade nesta exclusão, pois a Constituição prevê o tratamento igual de entes iguais, e na lei o legislador reconheceu o direito de empresas públicas ou sociedades de economia mista que necessitam recuperar-se porque, de certo modo, estaria reconhecendo a falência do próprio Estado.

---

<sup>131</sup> Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

<sup>132</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

<sup>133</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 625.

<sup>134</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

Também não se sujeitam a lei de recuperação e falências as instituições financeiras públicas e privadas<sup>135</sup>, cooperativas de crédito administradoras de consórcio, sociedades seguradoras e sociedades de capitalização. Tal exclusão é devida à complexidade da atividade desenvolvida por estas sociedades de tal forma que, nada mais justo do que, o tema ser objeto de lei específica.

Outro ponto que gera problemas ocorre antes mesmo do despacho inicial do juízo que determina o processamento da recuperação judicial. Muitos doutrinadores, dentre eles, Fábio Ulhoa Coelho, criticam o fato de o legislador ter conferido à distribuição do pedido de recuperação judicial o efeito de suspender a tramitação dos pedidos de falência que já correm contra o devedor. Assim, estes pedidos podem ficar sobrestados e, por que não, prejudicados, com um simples pedido do devedor desde que devidamente instruídos.

A mera distribuição do pedido de recuperação judicial produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência aforados contra a devedora requerente. Verifica-se a suspensão destes, se a petição inicial de recuperação estiver instruída na forma da lei. Para mim, este efeito do simples protocolamento do pedido de recuperação judicial é altamente criticável, por propiciar o uso indevido do instituto. Graças a sistemática engendrada pelo legislador, qualquer devedor, mesmo que não tenha ainda obtido o benefício da recuperação, consegue obstruir a regular tramitação dos pedidos de falência ajuizados por seus credores. Quando a intenção é unicamente retardar o cumprimento das obrigações passivas, a previsão legal da suspensão do pedido de falência pelo simples ajuizamento da recuperação judicial presta-se à concretização da fraude.<sup>136</sup>

Da mesma forma, tomando por base o art. 47 da LRF, vislumbra-se várias limitações impostas pela Lei que se contrapõem ao seu próprio princípio norteador previsto neste dispositivo.

---

<sup>135</sup> As instituições financeiras são regidas pela Lei. n° 6.024, de 13 de março de 1974. Sujeitam-se, portanto, a um procedimento de intervenção estatal e eventual liquidação extrajudicial. Neste procedimento o Estado assume os poderes de gestão da instituição.

<sup>136</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 153.

Outra flagrante contradição presente na LRF é o disposto no art. 57. Esta previsão é muito criticada porque há uma antinomia entre este artigo e o art. 47. De sua redação depreende-se que se não houver o pagamento do tributo o juiz fica impedido de conceder a recuperação. Ora, a partir da idéia de preservação da atividade empresarial em razão de sua função social, não é razoável que se cobre do devedor primeiro o pagamento dos tributos como condição *sine qua nom* para processamento de sua recuperação.

Segundo o Código Tributário Nacional, o juiz não pode conceder a recuperação se o devedor não pagar os tributos ou se não comprovar o parcelamento dos tributos. Assim, o dispositivo legal obriga o empresário devedor em crise, a pagar o fisco primeiramente, a ponto de prejudicá-lo substancialmente, impedindo-lhe de alcançar sua recuperação, afinal, o estado de crise que o macula certamente o impede de tal quitação.

Diante de tamanha incongruência, alguns julgados vêm afastando a aplicação e exigibilidade do art. 57 da Lei 11.101/05, a fim de concederem recuperações sem a apresentação de certidões negativas.

Outro ponto controverso da LRF é o que trata dos credores não sujeitos a Recuperação judicial. Os § 3º e § 4º do art. 49<sup>137</sup> da LRE determinam que os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel (com cláusula de

---

<sup>137</sup> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 3º - Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula e irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º - Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

irrevogabilidade ou irretratabilidade), de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, ou, ainda, credor da importância paga em moeda como forma de adiantamento a contrato de câmbio para exportação não terão seus créditos submetidos aos efeitos da recuperação.

A redação do art. 49 não encontra respaldo na LRE, pelo contrário, se contradiz com muitos dispositivos da mesma, inclusive com seu princípio norteador expresso no art. 47, afinal, sua determinação exclui muitos créditos do alcance da recuperação. Exemplo concreto desta contradição se opera ao contrapor-se o caput do art. 49 com o texto legal do §3º<sup>138</sup> do art. 6º da mesma lei. Este último determina a possibilidade de existência de uma reserva para créditos que ainda não foram constituídos a data do pedido, sendo, a princípio, aplicável à recuperação e à falência. No entanto, o art. 49 prevê estarem sujeitos à recuperação todos os créditos existentes a data do pedido.<sup>139</sup>

Sendo assim, diante do disposto no art. 49, a previsão do §3º do art. 6º não tem aplicabilidade ao se falar de recuperação, sendo apenas viável no caso de falência. Afinal, “para o caso de recuperação a reserva apenas será possível se a sentença condenatória já transitou em julgado e o feito está em fase de liquidação, pois então já existirá o crédito, faltando apenas definir o valor”.<sup>140</sup>

O §4º deste art. 49 também será um sério óbice à possibilidade de se conseguir uma efetiva recuperação. Com a inserção do país do processo de globalização, que pelo menos por ora parece irreversível, houve um esforço e um incentivo muito grandes no sentido de produção para exportação. E, em contrato de exportação, a grande possibilidade de capitalização da empresa

---

<sup>138</sup> § 3º - O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

<sup>139</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147-148.

<sup>140</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70.

nacional surge da concessão, por parte dos bancos, do adiantamento por conta do contrato de câmbio.<sup>141</sup>

Neste mesmo sentido, em se tratando de pontos contraditórios da lei, inegável é a incompatibilidade do parágrafo único do art. 48 da LRF, que trata dos legitimados ativos para a propositura do pedido inicial de recuperação judicial, diante da redação do art. 47. O parágrafo único do referido dispositivo estende a legitimidade, originariamente do empresário devedor, ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros, ao inventariante e ao sócio remanescente. Sendo assim, o credor, pessoa tão interessada na recuperação empresarial quanto o devedor, e mais interessado do que as pessoas elencadas pela lei, fora excluído deste rol.

Tal incompatibilidade fica flagrante ao analisarmos os requisitos para a propositura do processo falimentar pelo credor. A Lei 11.101/05, neste ato reconhece o interesse do credor no procedimento e por isso confere-lhe a capacidade para iniciá-lo. A respeito da legitimidade do credor para o requerimento de falência do devedor, Fábio Ulhoa Coelho destaca que:

Regra geral, é o credor o maior interessado na instauração do processo de execução concursal, até mesmo porque o pedido de falência tem-se revelado um eficaz instrumento de cobrança. Na verdade, o credor, ao ajuizar o pedido de falência, em função da impontualidade do devedor, quer mais o recebimento de seu crédito e menos, consideravelmente menos, a falência do devedor. A melhor forma de entender essa ação judicial, essa etapa do processo falimentar, é considerá-la espécie de cobrança judicial. Há quem considere que o credor, ao formular o pedido de falência estaria buscando a instauração do processo de execução concursal, como via mais interessante para realizar seu crédito, em vista da garantia do tratamento paritário com os demais credores. (...) estimulado pela possibilidade de receber o seu crédito, aberta pela pressão ligada à eventualidade da quebra, ou pela vontade de ver instaurado o concurso universal, o credor, de um modo ou de outro, é sujeito ativo do pedido de falência.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 148.

<sup>142</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 259.

Conclui-se, portanto, que estando legitimado para propor um procedimento mais agressivo (que ocasiona no encerramento da atividade empresarial), e que, pela redação da própria lei deve ser utilizado preferencialmente em um segundo momento em razão do princípio da preservação da empresa, o credor não tem legitimidade para propor a recuperação judicial do empresário em crise. No entanto, devido à importância deste assunto para o instituto da recuperação judicial e para todos os interessados nele, inclusive a sociedade, o tema é merecedor de um capítulo desta monografia.

### **3 A LEGITIMIDADE ATIVA DO CREDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

#### **3.1 A função Social da Empresa (A teoria da Empresa)**

O legislador tratou a atividade econômica organizada como fonte produtora, reconhecendo que é uma fonte de riquezas, porque o funcionamento desta atividade é capaz de gerar rendimentos a todos da sociedade. Assim, ao fechar as portas da sociedade empresarial, dentre outras coisas, o trabalhador não terá mais renda, logo não terá mais consumo, acarretando em um efeito cascata, que atinge a coletividade.

Portanto, finalmente o legislador reconheceu que esta é uma atividade importantíssima, sendo uma fonte produtora para os fornecedores, para os sócios e para os empregados (e seus dependentes). Por isso, ao se confrontar o Art. 173 da CF com este art. 47, conclui-se que estas atividades são essenciais para a manutenção da sociedade moderna.

Insolvente ou não, a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social. É uma unidade de distribuição de bens e/ou serviços. É um ponto de alocação de trabalho, oferecendo empregos. É

um elo na imensa corrente do mercado que, por isso, não pode desaparecer, simplesmente, sem causas seqüelas.<sup>143</sup>

Neste sentido, Jorge Lobo destaca a real importância da empresa na sociedade ao criar um paralelo entre duas situações que se passam na mesma sociedade. Na primeira situação, os cem melhores generais, diplomatas e estadistas desta sociedade desaparecem subitamente. Numa segunda situação os cem melhores engenheiros, banqueiros e empresários também desaparecem da mesma forma.

De fato, a primeira situação acarreta um prejuízo significativo à sociedade, no entanto ela é capaz de manter seu funcionamento ordinário. A função social da empresa fica clara ao analisarmos a segunda situação visto que certamente todo o funcionamento da sociedade ficaria paralisado. Assim, através de um paralelo simples criado pelo exemplo citado percebe-se o destaque das empresas em uma sociedade no mundo atual. Daí pode-se extrair a razão para que sua atividade econômica seja preservada, mesmo diante de uma crise.<sup>144</sup>

Desta forma, pelo mecanismo da recuperação, o juiz deve ter a percepção da sua importância no contexto da economia coletiva, em que a empresa desenvolve uma função social na sociedade e por isso deve tentar evitar a falência, porque esta não resolve o problema. A solução está na recuperação da atividade econômica. A manutenção desta atividade produtora também garantirá a arrecadação de tributos, já que a produção envolve fatos geradores, logo tributos. Logo, a manutenção desta atividade durante sua crise é importante também para o Estado.

---

<sup>143</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.



### 3.2 Legitimados para o Pedido

Legitimado ativo é pessoa que possui o poder de iniciar o processo de recuperação judicial, ou seja, de provocar o judiciário em razão da iminente crise financeira. Apenas iniciar porque diante do pedido de recuperação judicial, o Juiz falimentar pode deferir ou indeferir o processamento. Ressalta-se que este deferimento (do processamento) não se confunde com o deferimento do pedido propriamente dito. “O despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório de viabilidade da proposta para que se conclua sobre sua aprovação”<sup>145</sup>.

Vale ressaltar que a súmula 546 do STF, que determina não ser possível recurso sobre a decisão de deferimento do processamento, não é aplicável à recuperação da Lei 11.101/05. Esta inaplicabilidade é devido ao fato de a súmula ter sido redigida durante a vigência do antigo procedimento, o Decreto-Lei 7.661/45.

A Lei 11.101/05 prevê, em seu art. 48 e parágrafo único, o rol das pessoas legitimadas a propor o pedido inicial de Recuperação Judicial. Destaca-se que todos os relacionados neste dispositivo aí figuram por possuírem interesses atrelados ao sucesso do procedimento recuperatório.

A respeito do tema, Waldo Fazzio Junior, preleciona:

A LRE só prevê a abertura do processo de recuperação judicial por instância do devedor. Segue, nesse ponto, o mesmo sistema que era adotado na LFC, onde a concordata era um favor legal requerido pelo credor ao Poder Judiciário. Todavia, como um dos objetivos do processo de recuperação é proporcionar aos credores a oportunidade de realizar o valor de seus créditos mediante a recuperação da empresa e o prosseguimento de seus negócios,

---

<sup>144</sup> LOBO, Jorge. *Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 13.

<sup>145</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 156.

seria desejável que a faculdade de postular a recuperação judicial do devedor não fosse exclusiva dele.<sup>146</sup>

Sendo assim, estão legitimados para a realização do pedido de recuperação judicial, o próprio empresário devedor, seu cônjuge, seus herdeiros, o inventariante e o sócio remanescente, respeitando, nestes casos os pressupostos da ação.

### **3.3 A legitimidade ativa do credor para o pedido de recuperação judicial**

Conforme anteriormente mencionado quando em referência à disposição da antiga LFC (art. 157 do decreto-lei 7.661/45), “só o comerciante, o industrial ou pessoa a eles equiparadas por lei podem beneficiar-se do pedido de concordata preventiva”<sup>147</sup>. Mais precisamente, teria legitimidade para o benefício da concordata preventiva, subsidiariamente ao empresário: a) o espólio do devedor, pelo inventariante, devidamente autorizado pelos herdeiros; b) o devedor interdito, pelo curador; c) a sociedade anônima, pelos seus diretores, de acordo com a deliberação da assembléia dos acionistas; d) as demais sociedades, pelo sócio que tiver qualidade para obrigar a sociedade; e) as sociedades em liquidação pelo liquidante, devidamente autorizado.

Posteriormente, com o advento da Lei 11.101/05, a partir do disposto no art. 48 e seu parágrafo único<sup>148</sup>, tornaram-se legítimos para pedido de recuperação judicial, além do devedor propriamente dito, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o

---

<sup>146</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 155.

<sup>147</sup> RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 300.

<sup>148</sup> Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

inventariante e o sócio remanescente. Estranhamente, excluiu-se, o credor, mesmo sendo ele um dos maiores interessados no sucesso do processo de recuperação judicial da sociedade empresária em crise.

No entanto, mesmo sendo guiado pela Teoria da Empresa, e diante de todas as razões benéficas que justificaram a ampliação da legitimidade ativa àquelas pessoas que possuíam certo interesse na recuperação da sociedade em crise, o legislador aparentemente se esqueceu de incluir no rol do parágrafo único do art. 48 o maior interessado neste processo, ou seja, o Credor.

Neste sentido, a teoria da empresa se posiciona defendendo, sobretudo, o cumprimento da função social da atividade empresária, o que, de acordo com seu entendimento, será atingido ao se atender aos interesses, da sociedade, dos credores e do devedor. Portanto, há flagrante contradição ao analisar-se o art. 48 e seu parágrafo único à luz do art. 47, afinal, a função social da empresa foi a principal influência da nova Lei de recuperações e falências e, neste ponto, ela não é respeitada.

A lei 11.101/05 confere esta oportunidade ao devedor e garante à outra parte o recebimento de seu crédito, sem prejudicar o interesse e a segurança da sociedade. Esta idéia está expressa no art. 47 da LRF, o qual funciona como a base deste ordenamento.

No entanto, mesmo motivado por razões tão relevantes, o legislador cometeu alguns poucos equívocos, os quais não condizem com a real necessidade de um devedor em recuperação. Tais equívocos, alguns já apontados anteriormente, merecem atenção especial e imediato reparo, visto que podem truncar o processo de recuperação, produzindo um efeito contrário ao buscado pela sociedade empresarial em crise.

Esta inovação, a recuperação empresarial, ocorreu graças a Teoria da Empresa, consagrada no art. 47 da nova Lei de Recuperação e Falências, que determina o cumprimento da função social da empresa por meio da preservação dos empregos e da geração de riquezas. Desta forma, além dos credores e do próprio devedor, a sociedade também passa a ter interesse no sucesso do processo de recuperação. É neste mesmo sentido que Luiz Antonio Guerra leciona que:

A tônica da nova Lei de Falências e Recuperação é a manutenção da atividade empresarial em crise econômico-financeira, preservando-se a fonte produtora de riquezas e impostos, além dos empregos e preservação dos interesses dos credores, reconhecendo-se, finalmente, a função social da empresa.

(...)

A Lei de Falências e Recuperação trouxe benefícios a todos os agentes econômicos: trabalhadores, fornecedores, credores, banqueiros e o próprio Estado. Todos ganharam e ganharão com a nova Lei de Falências e Recuperação. O maior beneficiado é o Brasil, que após conviver com legislação que não mais atendia à realidade econômica, incorporou o instituto da recuperação ao seu ordenamento jurídico.

(...)

Concluindo a temática, impende dizer que, sinceramente, esperamos que a Lei de Falências e Recuperação mereça a atenção necessária por parte de todos os operadores do Direito, desejando que as inovações, mais que incorporadas ao ordenamento jurídico, sejam, de fato, aplicadas, com serenidade e maturidade, de modo que possamos ter efetivada a recuperação da atividade econômica, com a preservação de empregos, geração de riquezas e impostos.

A experiência do Decreto-Lei 7.661/45 há de ser lembrada, evitando-se, sempre que possível, a declaração da falência.<sup>149</sup>

O art. 47 da lei 11.101/05 é o principal argumento para a extensão da legitimidade ativa do pedido inicial ao credor. Afinal, a partir desta previsão, conclui-se que o objetivo supremo deve ser a manutenção da atividade empresarial para assim cumprir a função social. Daí extrai-se que a falência, por implicar no encerramento das atividades e fechamento das portas do estabelecimento, deve ser evitada sempre que possível.

---

<sup>149</sup> GUERRA, Luis Antonio. *Temas de Direito Empresarial*. Brasília: LGE, 2007. p. 169.

No entanto, mesmo diante do exposto no art. 47, o legislador determinou ser a legitimidade para o requerimento da recuperação judicial exclusiva do devedor em crise e daqueles taxativamente enumerados no parágrafo único do art. 48 da LRF. Portanto, em consonância com a função social da empresa, nada mais justo que esta legitimidade ativa seja também estendida ao credor, uma vez que ele é parte tão interessada na recuperação judicial quanto o próprio devedor em crise.

Gladston Mamede ao tratar sobre o pedido de recuperação judicial destaca quais são seus elementos essenciais:

A petição inicial de recuperação judicial será instruída, por determinação do art. 51 da lei 11.101/05, com os seguintes documentos:

1. A exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
2. As demonstrações relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
  - a. Balanço patrimonial;
  - b. Demonstração de resultados acumulados;
  - c. Demonstração do resultado desde o último exercício;
  - d. Relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
3. A relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando a sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
4. A relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência e a discriminação dos valores pendentes de pagamento.
5. Certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
6. A relação dos bens particulares dos sócios controladores dos administradores do devedor;
7. Os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
8. Certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

9. A relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhistas, com a estimativa dos respectivos valores demandados.<sup>150</sup>

Assim, tais requisitos enfatizam a problemática proposta, em razão da concreta impossibilidade de alguns desses serem atendidos pelo credor que deseje a recuperação judicial de seu devedor. Exemplificando, a relação integral dos empregados com os respectivos salários, parcelas e indenizações a serem pagas é um dos elementos que deve integrar o pedido, requisito este que seria impossível de ser cumprido pelo credor ao possuir a legitimidade para a respectiva provocação.

Portanto, dado todas estas individualidades do pedido, a extensão da legitimidade ao credor merece melhores esclarecimentos, uma vez que este jamais seria capaz de cumprir todos os requisitos previstos na Lei 11.101/05, em seu art. 51. A principal idéia seria estender a legitimidade ativa ao credor para o pedido de recuperação do empresário devedor como uma forma de provocação para que este devedor apresente em juízo os elementos necessários à sua recuperação. Assim, diante da omissão do devedor e tendo a iniciativa para o procedimento de recuperação, o credor teria a falência apenas como um instrumento subsidiário para a satisfação de seu crédito.<sup>151</sup>

Desta forma, o procedimento de recuperação judicial estaria plenamente de acordo com a preocupação atual da sociedade, buscada pela Teoria da Empresa, porque respeitaria não só a segurança jurídica das relações, como também a Função Social da Empresa, uma vez que a sociedade empresarial em recuperação poderia manter sua atividade em pleno funcionamento, preservando os empregos e a geração de riquezas.

---

<sup>150</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4. p. 205.

<sup>151</sup> FAZZIO JUNIOR, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 158.

Por esta e outras razões já abarcadas anteriormente, a falência é um mecanismo extremamente agressivo para o devedor, e de certa forma para toda a sociedade que a cerca e por isso deve ser evitada sempre que possível. Esta é a finalidade do processo de recuperação. No entanto, ao credor, diante do desdém de seu devedor para com sua satisfação creditícia, não caberia outro mecanismo senão a falência, indo a chocar-se com a finalidade máxima da Lei 11.101/05, expressa pelo princípio da preservação da empresa. Afinal, a finalidade do instituto de recuperação judicial é, além do próprio soerguimento da sociedade empresária em crise, a satisfação do crédito, respeitando assim a segurança jurídica das relações.

Ressalta-se que na véspera da aprovação da Lei na Câmara, o texto legal foi alterado, e a possibilidade de o credor requerer a recuperação do empresário devedor afastada, sob o argumento de que a recuperação do devedor imposta pelo credor seria semelhante a uma falência indireta.<sup>152</sup>

Cabe salientar que a extensão da legitimidade ao credor é um mecanismo acessório ao processo de recuperação, uma vez que sua via ordinária seria o próprio devedor solicitá-lo, afinal, presume-se que ele seria a parte mais interessada neste processo. No entanto, não é razoável que o credor seja apenas uma parte passiva neste processo, uma vez, que seu interesse se assemelha em muito ao do próprio devedor, além de ser maior do que de outros legitimados pelo parágrafo único do art. 48 da LRF.

Portanto, ao credor que se encontra na situação de iminente pedido de falência, dado o inadimplemento das obrigações por parte do empresário devedor, a qual

---

<sup>152</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 150.

apenas gera expectativas frustradas, haveria mais este recurso. Desta forma ele poderia instigar seu devedor a se recuperar e, assim, respeitar todos os direitos envolvidos nesta relação jurídica.<sup>153</sup>

No entanto, sendo um procedimento que se inicia a partir de ação do credor e não do devedor, conforme previsão legal atual, a extensão da legitimidade deve ser interpretada aliada a algumas modificações conseqüentes, afinal como o devedor não mostrou interesse pelo procedimento de recuperação anteriormente, a ponto de ser preciso que o próprio credor o provocasse, pressupõe-se que este devedor não desempenhará suas funções com o necessário interesse no processo assim instaurado.

Este obstáculo merece maior atenção, uma vez que, em agindo com desinteresse, a recuperação iniciada por credor corre o risco de, ao invés de gerar efeitos positivos para todos os envolvidos, gerar simplesmente um atraso para a satisfação das obrigações. Isto porque, caso o devedor não cumpra as metas estabelecidas, a recuperação judicial na forma aqui tratada será convolada em falência, o que, de fato, não atenderá à função social da empresa e, certamente, causará desgosto para os credores, já que, simplesmente, poderiam ter se utilizado deste instrumento anteriormente. Assim, a fim de evitar o desperdício de tempo e de esforços tanto por parte do credor, como do empresário devedor e do próprio Judiciário, é necessário que haja certo empenho do devedor para com este processo, ou, ao menos, um instrumento jurídico capaz de garanti-lo.

Para solucionar tal impasse a própria Lei 11.101/05 já prevê mecanismo perfeitamente aplicável ao caso. A determinação mais importante contida no despacho de

---

<sup>153</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 158.



processamento da recuperação, quando iniciada de forma ordinária, é aquela que determina a suspensão<sup>154</sup> de todas as ações ou execuções contra o devedor, ressalvadas as ações que demandarem quantia ilíquida, as ações de natureza trabalhista e execuções fiscais.

Vale destacar, ainda, que o deferimento do processamento vincula o devedor de forma que este não poderá desistir do processo de recuperação salvo com a anuência da assembléia geral dos credores. O devedor deve apresentar no prazo de 60 dias do despacho de processamento o plano de recuperação contendo os detalhamentos dos meios de recuperação e seu resumo, a demonstração da viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação do ativo do devedor, sob pena de convalidação em falência. Após o despacho de processamento e não havendo qualquer impugnação, o juiz poderá deferir o pedido.<sup>155</sup>

Sendo assim, a fim de se evitar que a recuperação iniciada pelo credor acarrete apenas em um atraso para o pedido de falência devido ao possível desinteresse do devedor, caberia ao juiz através do despacho que defere o processamento vincular o devedor a tal recuperação. Tal vinculação é necessária, uma vez que esta recuperação possui vários interessados em seu sucesso, interesses estes que dependem do total empenho do devedor.

Desta forma, pelo mecanismo da recuperação, o juiz deve ter a percepção da sua importância no contexto da economia coletiva, em que a empresa desenvolve uma função social na sociedade e por isso deve tentar evitar a falência, porque esta nem sempre é a melhor forma de se buscar a solução para o problema.

---

<sup>154</sup> Esta suspensão perdurará por um prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação.

<sup>155</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 156-157.

Neste sentido, destaca-se que o juiz da Vara de Recuperações e Falências diferencia-se dos demais julgadores, uma vez que sua preocupação não reside somente entre as partes, sendo externa aos envolvidos no processo. Assim, sendo dotado desta sensibilidade jurídica conferida pela própria Lei ele tem o poder de não homologar pedido de desistência realizado antes do processamento de recuperação judicial. Nesta situação, deve verificar as causas desta desistência, aos olhos da função social desta empresa, afinal o processo de recuperação surte efeitos em toda a coletividade.

Pela mesma razão, caberia a este Juízo vincular o empresário devedor ao procedimento recuperatório instaurado a partir de iniciativa do credor. Esta medida, certamente conferiria maiores probabilidades de sucesso ao procedimento, e o conseqüente afastamento da Falência.

Pertinente destacar neste momento que o pedido de recuperação judicial de acordo com o texto legal atual pode ser espontâneo ou, de certa forma, provocado. Ao partir da iniciativa do próprio empresário em crise, será um pedido tido como espontâneo. No entanto, o inciso VII do art. 96 da Lei 11.101/05, prevê situação que muito corrobora o presente estudo. Sua literalidade permite ao devedor requerido apresentar o pedido de recuperação judicial dentro do prazo para contestação à falência.

Assim, com o ordenamento na forma como prevista atualmente, deparando-se com a omissão do empresário devedor, cabe ao credor apenas o pedido de falência, quando requerida com base no inciso I do art. 94<sup>156</sup>, para a satisfação de seus créditos. Sendo assim, esta prática fere, em muito, toda a estrutura principiológica da nova Lei, afinal, a falência

---

<sup>156</sup> Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

deve ser aplicada somente aos casos em que houver flagrante inviabilidade econômica da recuperação.

Destaca-se, então, que este pedido de falência utilizado como forma de provocação do devedor para recuperar-se é um dos fatores que exercem grande influência para a extensão da legitimidade ativa do pedido ao credor. Isto porque, tal extensão, além de garantir celeridade ao ato, também conferirá segurança jurídica para o credor e, certamente, à sociedade como um todo. Afinal, respeitando-se o papel da atividade empresarial, o credor, pode se utilizar de mecanismo suficientemente adequado para buscar seus interesses ao provocar o devedor por meio do próprio instituto da recuperação judicial.

## CONCLUSÃO

A Lei 11.101/05 foi criada em um momento extremamente oportuno, visto que o antigo Decreto-Lei 7.661/45, que regulamentava o processo falimentar no Brasil, já se encontrava desatualizado. Após tramitar por 11 anos no Congresso Nacional antes de ser aprovada, a LRF, em seu art. 47, incorporou o espírito desta nova realidade e alterou o processo de falência, além de criar os novos institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial.

O momento pelo qual o Direito Empresarial passava carecia de um procedimento direto, que garantisse não só a segurança jurídica, por meio do cumprimento das obrigações, mas que reservasse ao devedor a chance de pagar suas obrigações e manter sua atividade como forma de sustento próprio e de seus dependentes. Afinal, a sociedade empresarial não se restringe apenas ao seu proprietário, envolvendo todos os seus empregados e suas respectivas famílias, além de repercutir na sociedade que a rodeia.

Desta forma, o processo de falência nos moldes do revogado Decreto-Lei 7.661/45 implicava o imediato fechamento das portas do estabelecimento e, conseqüentemente, uma maior dificuldade para o adimplemento das obrigações vigentes. A principal conseqüência negativa era o prejuízo que este fechamento causava a todos os envolvidos na atividade empresarial, quais sejam o empresário, seus empregados, a sociedade e, por que não, ao próprio Estado, visto que não haveria mais arrecadação tributária.

Por estas razões a Lei 11.101/05, através do processo de recuperação, foi oportuna. O legislador buscou atingir o objetivo das duas partes da relação, sem ferir o principal interessado, que é a sociedade. Por isso, o estudo da nova Lei de recuperação e falências é de suma importância, por condizer com a realidade da sociedade, por atender às necessidades modernas, tanto do credor como do devedor, e principalmente por respeitar ao preceito da função social da empresa.

A idéia da função social da atividade empresarial foi uma inovação trazida pela Teoria da Empresa que expõe a verdadeira relação existente entre a atividade desempenhada e a sociedade de uma forma geral.

O processo de recuperação empresarial, seja ele judicial ou extrajudicial, se enquadra perfeitamente neste novo princípio, visto que ao utilizar qualquer dos meios de recuperação previstos no art. 50 da Lei 11.101/45, o devedor não só manterá suas portas abertas, como será capaz de, ainda que por longo prazo, satisfazer seus credores, uma vez que as empresas que se encontram em crise podem possuir seu passivo maior que o seu ativo. Assim, no momento da arrecadação não haverá recursos suficientes para suprir seus credores.

Vale ressaltar que a Falência visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens ativos e recursos produtivos. Os bens arrecadados servem para pagar os credores, por isso devem ser vendidos logo, ou se for o caso fazer renda através destes bens. por outro lado, no processo de recuperação vale a máxima “é melhor receber em 10 anos, do que não receber nunca”.

Ao devedor que não possui recursos para manter seu estabelecimento em funcionamento e muito menos para satisfazer seus credores, a recuperação é uma alternativa extremamente atrativa. Por outro lado, o credor, cujo interesse recai exclusivamente no

adimplemento, a recuperação se torna o único mecanismo capaz de alcançá-lo, afinal, nem sempre a arrecadação do processo de falência será suficiente para suprir todas as necessidades.

No entanto, faltou ao legislador a percepção, em certos pontos da lei, de que há alguns elementos e imposições que vão de encontro ao princípio norteador deste instituto, que é a função social da empresa. Desta forma, através de uma análise técnica, sob a ótica da preservação, é possível identificar tais previsões equivocadas.

A evolução histórica do Direito Concursal demonstra ser esta problemática proposta facilmente corrigível em razão de sua evolução, sempre buscando o aperfeiçoamento.

Na antiguidade, o devedor respondia pelo inadimplemento das suas obrigações com seu próprio corpo, ou seja, o próprio devedor era quem constituía a garantia da relação. A consequência desta medida são histórias de devedores encarcerados, vendidos e, até mesmo, desmembrados por seus credores insatisfeitos pelo não pagamento de suas dívidas.

Isto ocorria porque, nesta época, um dos direitos do credor era o de encarcerar o devedor, comprometendo-se a libertá-lo diante cumprimento do pactuado. Assim, não havendo satisfação da dívida, e não ocorrendo o pagamento por parte de um terceiro disposto a assumi-la em nome do devedor, o credor poderia vendê-lo como se escravo fosse, mantê-lo em cárcere indefinidamente ou, até mesmo, matá-lo.

Com a evolução da sociedade a dívida passou a recair sobre o patrimônio do devedor, e não mais sobre seu corpo. Este passo foi fundamental para o desenvolvimento do direito Concursal, afinal, passou a existir uma maior segurança jurídica para os contratos.

Posteriormente, esta visão foi aperfeiçoada incluindo o pensamento da necessidade de recuperação das empresas a fim de atender interesses maiores não intrínsecos a relação processual firmada entre credor e devedor.

Tais elementos são importantes porque demonstram a evolução do Direito Concursal, oriundo de um pensamento que visava apenas a satisfação do crédito para o pensamento atual, objetivado na preservação da empresa. Assim, sendo um direito cuja história é marcada por evoluções e conseqüentes alterações de princípios norteadores, a problemática proposta tende a ser, portanto, mais um capítulo desta evolução, na busca pela perfeita adequação deste Direito às necessidades concretas da sociedade.

Por fim, conclui-se que, tendo em vista ser o princípio da preservação da empresa o responsável por toda a reformulação do Direito Empresarial Brasileiro, ao possuir a capacidade de provocar o empresário devedor a recuperar-se sem iniciar um processo de falência, a ação do credor estaria perfeitamente enquadrada nesta nova ótica. O que se busca, portanto, é a subsunção da prática à previsão principiológica da lei.

Então, sendo a preservação o objetivo supremo, ou seja, a idéia finalística da Lei 11.101/05, o credor estaria assegurando a sua satisfação contratual à medida que atenderia o interesse social contido na manutenção da atividade empresarial. Sendo assim, a extensão da legitimidade ativa ao credor é não somente uma possibilidade, mas uma necessidade para o total cumprimento da função social da empresa.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Do protesto*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas (lei n. 11.101, de 09-2-2005)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

FARIA, Bento de. *Direito comercial: falência e concordata*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1947. v. 4.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei de falências e concordatas comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Luis Antonio. *Temas de direito empresarial*. Brasília: LGE, 2007.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOBO, Jorge. *Da recuperação da empresa no direito comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3



OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falência*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falência e concordatas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2

SANTOS, Paulo Penalva. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05*. São Paulo: Forense, 2006.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências (decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1945.